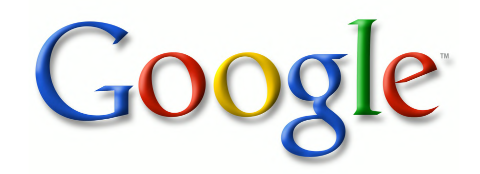
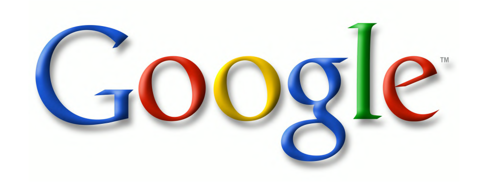

Google




VE RI TS


France

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

I

A. CHAUVEAU et FAUSTIN HÉLIE

THÉORIE DU CODE PÉNAL

SIXIÈME ÉDITION ANNOTÉE

PAR

EDMOND VILLEY

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

ET AUGMENTÉE D'UN SUPPLÉMENT

contenant la législation et la jurisprudence nouvelles

PAR

E. MESNARD

Ancien Procureur de la République, Président de Chambre à la Cour de Poitiers

TOME PREMIER

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE

MARCHAL & BILLARD

MARCHAL & GODDE, Successeurs

ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

27, Place Dauphine, 27

1887-1908

NOTICE BIOGRAPHIQUE

SUR

M. Faustin HÉLIE

PAR

M. Faustin-Adolphe HÉLIE

Juge au Tribunal civil de la Seine,

SON FILS AINÉ

Mon père est né à Nantes le 31 mai 1799 d'Antoine-Félix Hélie, commissionnaire-armateur et de Marie-Victoire Maublanc. Il reçut son prénom peu usité en France d'un ancien colon de St-Domingue, où ce prénom était fort employé. Antoine-Félix Hélie n'était pas nantais. Il était né à Canteloup près Caen, de Jean Hélie, sieur de la Fontaine, conseiller du roi en l'élection de Caen et de Félicité Haguenet, dans un manoir modeste qui appartenait à la famille Hélie depuis longues années, et que l'un de ses petits neveux habite encore à l'heure présente. La famille Hélie était aisée, mais Jean Hélie ayant eu dix-huit enfants, la part de chacun fut petite, quoique deux de ces enfants soient morts prêtres et deux autres religieuses. L'exiguité de la portion d'Antoine-Félix ne lui permettait pas de vivre dans l'oisiveté. En 1773, à l'âge de 20 ans, il vint à Nantes et entra comme associé dans une maison de commerce maritime. Il devint un commissionnaire-armateur important, et ses affaires étaient en prospérité lorsque la rupture de la paix d'Amiens ramena la guerre maritime avec l'Angleterre. Ses navires ou les navires sur

lesquels il avait des marchandises furent capturés par l'ennemi. La fortune d'Antoine-Félix Hélie fut détruite. Il vint à Paris pour chercher à refaire sa position dans la banque, mais la mort hâtée par le chagrin l'arrêta prématurément, avant le succès, en 1809.

La veuve d'Antoine-Félix Hélie, femme d'une religion rigide, resta avec de médiocres ressources, chargée de trois fils à élever. Elle les éleva dans la piété, l'amour du devoir et de la famille. Tous les trois firent leurs études au lycée de Nantes. L'aîné, Félix Hélie, a fourni une longue carrière ; d'abord, comme officier d'artillerie, puis comme professeur à l'école spéciale d'artillerie de Lorient et secrétaire de la commission des expériences de Gâvre. Son traité de balistique a été couronné par l'Académie des sciences. Le troisième, le docteur Théodore Hélie, a été longtemps professeur et directeur de l'école de médecine de Nantes. Il est l'auteur de plusieurs mémoires d'anatomie et de physiologie.

Mon père, le cadet, à la sortie du lycée, fit son droit à Rennes: il y passa sa thèse de licence le 26 août 1822, et y prêta le serment d'avocat. Il y eut entre autres professeurs Toullier, dont il admirait fort la méthode claire, précise, logique ; estimant son ouvrage fort au-dessus de la plupart des autres écrits contemporains sur le droit civil. Après sa réception comme avocat, mon père revint à Nantes habiter avec sa mère. Je ne pense pas qu'il ait plaidé une seule fois: tout au moins il ne me l'a jamais dit. Dès janvier 1823, il était à Paris, et sollicitait de M. de Vatimesnil, secrétaire général du ministère de la justice et ami de la famille Maublanc, une place de substitut : son goût l'entraînait donc dès lors vers la magistrature. J'ignore pourquoi il n'obtint pas cette place : au lieu de ce qu'il demandait, il fut nommé le 22 avril 1823 rédacteur au bureau des archives du ministère, avec un traitement de 2,400 francs, chiffre alors considérable. Les nécessités de son emploi l'empêchèrent de donner suite au projet d'abord conçu de passer les examens du doctorat. Ce fut seulement à la fin de 1826, que du bureau des archives il passa au bureau des affaires criminelles. Au commencement de cette même année 1826, mon père avait fait une seconde ten-

tative pour entrer dans la magistrature. Une place de subsistut étant vacante à Nantes, il la demanda et fut présenté en première ligne par le procureur général de Rennes ; mais il ne fut pas nommé.

Pendant qu'il était étudiant à Rennes et dans les premières années de son séjour à Paris, mon père s'adonna avec quelque passion à la poésie, et composa de nombreuses pièces lyriques. En 1827, il envoyait à l'Académie des jeux floraux de Toulouse une ode intitulée *Les Nuages*, où il chantait le climat de la Bretagne. Il n'obtint pas le prix, mais seulement une mention honorable. En 1828 il envoyait au même concours une ode intitulée *Les Gracches* que l'Académie refusa d'imprimer dans son recueil, à cause des sentiments libéraux que l'auteur y manifestait. Cette pièce fut, je pense, la dernière composition poétique de mon père. Depuis son entrée au bureau des affaires criminelles jusqu'à sa mort, on peut dire que, pendant 55 ans, il n'a pas cessé un seul jour d'étudier et d'approfondir, dans toutes ses parties et sous toutes ses faces, le droit criminel.

Les amis intimes de mon père à cette époque étaient son camarade de l'école de Rennes, M. Laimé, juge à Quimper jusqu'en 1830, puis député en 1848, et son compatriote M. Championnière, avocat à Paris, auteur avec M. Rigaud du *Traité des droits d'enregistrement*. Il fit connaissance, par M. Championnière, de M. Chauveau, alors avocat à la Cour de cassation, homme très versé dans la jurisprudence. La première collaboration de mon père et de M. Chauveau eut lieu dans le *Journal du droit criminel* qu'ils fondèrent ensemble en 1829, mais où mon père n'a fait que des articles de peu d'importance. Avant la publication de la *Théorie du Code pénal*, le premier écrit de mon père sur le droit est un mémoire sur le *Jury appliqué aux délits de la presse*, qui a obtenu une médaille d'or de l'Académie des sciences et belles-lettres de la Marne, le 12 août 1833, et qui a été imprimé chez Renouard à la fin de 1833. La première livraison de la célèbre *Théorie du Code pénal*, composée en collaboration avec M. Chauveau, parut au milieu de l'année 1834. Cette première livraison comprend les 6 premières feuilles du tome 1er. Cinq

autres livraisons de 5 feuilles chacune achevèrent le tome premier en 1835. Le tome second parut également en livraisons en 1836. Le tome troisième parut d'un coup en 1837, et le huitième et dernier en 1842.

La *Théorie du Code pénal* eut, dès l'apparition du tome premier, un succès éclatant. Sa publication marque une époque dans l'histoire du droit. Il ne m'appartient pas de porter aucun jugement. J'expose seulement les faits. La *Théorie* a créé une méthode nouvelle de jurisprudence criminelle, en interprétant les textes au moyen de la philosophie du droit, et en comparant sans cesse leurs dispositions au droit naturel. L'ouvrage est composé avec art et écrit avec élégance ; il se lit comme une œuvre de littérature. Son influence morale a été immense. Les opinions de l'auteur, depuis cinquante ans, règnent à peu près sans partage sur la magistrature. Ces opinions sont en accord avec l'esprit libéral et démocratique de notre siècle. Elles ont fortement contribué à développer cet esprit libéral et démocratique : les textes sont expliqués dans le sens le plus favorable à la défense des accusés et des prévenus ; les incriminations et l'application des peines sont circonscrites et restreintes dans les plus étroites limites. Dès l'origine, l'opinion publique attribua à mon père la part principale dans la *Théorie*.

Après la publication des premiers volumes de la *Théorie*, mon père devint promptement pour ainsi dire l'arbitre du droit criminel en France. Il collabora en maître à toutes les publications relatives au droit criminel. Il commenta pendant plusieurs années, dans le recueil périodique de Sirey, alors dirigé par MM. Devilleneuve et Carette, les arrêts criminels ; il fit, dans l'*Encyclopédie du droit* de MM. Sebire et Carteret, restée inachevée en 1846, plusieurs articles considérables, notamment les mots *compétence*, *connexité*, *cour d'assises* ; il fit, dans l'*Encyclopédie nouvelle* de Pierre Leroux et Jean Reynaud, le mot *Pénalité*, en 1847 ; il devint, en 1843, avec MM. Troplong, Laboulaye, Giraud et Ortolan, l'un des directeurs de la *Revue de législation*, fondée par M. Volowski en 1834, et y publia de nombreux articles, notamment sur *le système des circonstances atténuantes* ; sur *la mise en juge-*

ment des fonctionnaires publics; sur *le jury et sa composition*; sur *la surveillance de la haute police*; sur *la diffamation des fonctionnaires publics;* sur *l'intervention de la magistrature dans l'administration des prisons*; sur *la criminalité et la répression.*

En 1837, mon père avait été nommé chef du bureau des affaires criminelles. En 1841, il fit une troisième tentative pour entrer dans la magistrature. Plusieurs places de juge d'instruction étant créées au tribunal de la Seine, il en demanda une et ne l'obtint pas. Ses liaisons avec l'opposition libérale du moment furent la principale cause de son échec. Il fréquentait alors MM. Odilon Barrot, Léon Faucher, Armand Marrast, Edouard Charton, Martin (de Strasbourg), Crémieux, Billault, Dubochet, fondateur de la compagnie du gaz, Cuzon, depuis préfet. Un article maladroit du journal le *Siècle* qui énumérait trop complaisamment ses titres, déplut au ministre de la justice et fit rejeter sa candidature. Il fut récompensé par la révolution du 24 fevrier 1848. Le lendemain 25, M. Crémieux, ministre de la justice, le fit nommer par le nouveau gouvernement directeur des affaires criminelles, en remplacement de M. Meilheurat, député du centre, qu'on voulait destituer et pour lequel mon père obtint l'admission à la retraite. Il jouit alors d'une grande faveur, qui était due à l'influence qu'avait exercée la *Théorie du Code pénal* sur le progrès des opinions libérales et démocratiques. Le gouvernement provisoire ayant décrété, le 7 avril 1848, l'organisation d'une école d'administration près du Collège de France, mon père y fut nommé professeur de droit criminel, en même temps que d'autres chaires nouvelles étaient créées au même établissement, en vue de cette école, pour MM. Lamartine, Ledru-Rollin, Garnier-Pagès, Marrast, Cormenin, Bineau, Serres, Poncelet, Decaisne. L'école fut supprimée en 1849, et aucun cours ne fut fait. Mon père est l'auteur principal des trois décrets du gouvernement provisoire des 6 mars, 23 mars et 12 avril 1848, sur la majorité dans le jury; sur la liberté provisoire; sur l'abolition de l'exposition publique : on y reconnaît de suite, avec son style élégant, ses idées tendant sans cesse à fortifier la défense, et à affaiblir les incriminations et les peines.

En 1849, mon père fut nommé conseiller à la Cour de cassation par M. Odilon-Barrot, dans la chambre criminelle. Pendant 25 ans, sa vie s'y écoula avec calme et tranquillité, troublée seulement par le chagrin et les tristesses qu'il éprouvait, lorsqu'une délibération avait été contraire à son opinion, surtout dans les matières qui touchaient à la liberté individuelle et aux droits de la défense. Il fut rapporteur des deux célèbres affaires Mirès et Lesurques, en 1862 et en 1868. En 1845, mon père avait publié le premier volume du *Traité de l'instruction criminelle*, et, après 15 ans de travail, il acheva, en 1860, le 9e volume de ce grand ouvrage. Sa réputation de criminaliste devint dès lors universelle, et pendant les vingt dernières années de sa vie, je ne pense pas qu'il ait paru dans aucun pays d'Europe ou d'Amérique aucun écrit sur le droit criminel, ni aucun projet de réforme des lois criminelles, sans que les écrits et les projets lui aient été envoyés et qu'il ait été consulté, comme l'arbitre et le maître de cette partie du droit. En 1855, il fut élu, le 23 juin, par l'Académie des sciences morales et politiques, dans la section de législation, en remplacement de M. Vivien. En 1853, il avait fondé, avec MM. Wolowski, Paul Pont, Marcadé, Laferrière, Nicias-Gaillard et Coin-Delisle, la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Cette nouvelle revue réunissait la *Revue de législation* fondée par M. Wolowski et la *Revue critique de jurisprudence*, fondée en 1851. Dans cette nouvelle revue, mon père publia, comme dans la *Revue de législation*, un certain nombre d'articles, dont plusieurs importants, notamment en 1853, sur *la preuve en matière criminelle* ; en 1854, sur *l'interprétation de la loi pénale* ; ensuite la réfutation du système de la correctionnalisation des crimes, en 1855 ; et en 1862, la critique des changements proposés à plusieurs dispositions du Code pénal, lesquels sont devenus la loi modificative de 1863.

Après l'achèvement du *Traité de l'instruction criminelle*, mon père porta toutes ses pensées sur la composition d'un ouvrage qu'il n'a pas achevé, et qu'il méditait depuis de longues années. C'était un traité philosophique de droit pénal, Dès 1837, il avait promis à un éditeur de Paris des *Eléments*

de droit pénal : c'était cet ouvrage philosophique. Ce projet n'eut pas de suite. En 1847, dans l'article précité de l'*Encyclopédie nouvelle*, il abordait la matière. Au commencement de 1855, dans une préface considérable à une nouvelle édition du *Traité de droit pénal* de M. Rossi, il reprenait à fond le sujet sous ce titre : *Du principe du droit pénal*. Après son élection à l'Institut, à la fin de 1855, il publia une nouvelle édition de Beccaria, avec une introduction dont il fit lecture à l'Académie, et cette introduction est encore une étude du même sujet. En 1882, il publiait dans la *Revue critique* une étude sur le *Droit pénal dans la législation pénale*, qui était la seule partie achevée de ce livre depuis si longtemps sur le métier, et auquel il avait donné une nouvelle forme dans les dernières années. Sous cette forme nouvelle, l'ouvrage devait exposer l'histoire du droit pénal, traiter ensuite les principes philosophiques de la matière, puis les rapports du droit pénal avec les institutions politiques, et rechercher enfin quelles réformes le régime démocratique, que l'auteur considérait comme le meilleur et le seul légitime, devait apporter dans nos lois pénales actuelles. Mon père a interdit à ses enfants la publication des fragments qu'il a laissés de ce grand travail. La première partie du manuscrit est très avancée : le premier chapitre traite des principes de la législation pénale ; le second, de la définition du droit pénal ; le troisième, de l'application du droit pénal chez les anciens peuples ; le quatrième, des principes du droit pénal chez les anciens peuples de l'Orient ; le cinquième, des principes du droit pénal dans la législation grecque et la législation romaine, et de ce chapitre fut tiré le fragment publié en 1882 ; le sixième, des principes du droit pénal aux diverses époques de la législation française : enfin le chapitre septième examine les divers sytèmes de droit pénal usités jusqu'à ce jour. Dans le cahier relatif à la deuxième partie projetée, ne se trouvent guère que des notes inachevées et souvent informes ou quelques pages détachées : cette partie devait être la partie philosophique et politique. Les idées consignées dans ces diverses notes reproduisent exactement celles de tous les écrits antérieurs de mon père, avec une

inclination encore plus marquée vers le système libéral et démocratique. Ses dernières pensées sont en partie exprimées dans un fragment qu'il a donné en 1876, signé de lui, à l'éditeur d'une biographie pour servir d'autographe et que je copie : *L'erreur de la plupart des praticiens est de placer la fermeté de la répression dans la sévérité de la peine ; plus le degré des châtiments s'élève, plus ils jugent la justice énergique. Ils se méprennent évidemment sur la force de la justice : elle est forte non quand elle frappe au hasard quelques coupables, mais quand elle atteint tous les coupables ; non quand elle châtie avec colère quelques délits, mais quand elle enveloppe et saisit tous les délits, sans qu'aucun, quelque petit qu'il soit, puisse échapper à sa vue. Comprend-on quelle serait sa puissance préventive si son action était si fatalement attachée à la faute qu'elle en fût inséparable ! Si les deux idées de peine et de délit étaient tellement corrélatives que l'une suivit l'autre comme son ombre même ! Qu'importe que les peines soient de tel ou tel degré, pourvu qu'elles soient appliquées ? La moindre peine rapporte tant de hontes et de pertes, à raison de sa seule publicité, qu'on serait surpris de la minimité de nature suffisante pour contenir les agents, s'ils avaient la certitude qu'elle est inévitable. Il y a toujours, au fond de l'âme de celui qui commet un crime, une secrète espérance qu'il ne sera pas découvert. Ce qu'il faut développer, ce n'est donc pas l'excès des peines, c'est l'action de la police judiciaire, en conciliant toutefois cette action avec les droits de la liberté civile, et les droits de la défense des inculpés.* A la même époque, mon père, après de longues hésitations, adoptait l'opinion favorable à l'abolition de la peine de mort.

Mon père, en 1827, avait épousé ma mère Aglaé-Herminie Picquenot, fille d'nu employé à l'administration des vivres de l'armée, dont il avait connu la famille à Rennes, pendant qu'il y faisait son droit. En 1857, il eut la douleur de perdre son fils cadet Arthur-Edouard Hélie, âgé de 26 ans, et substitut au tribunal de Châlons-sur-Saône. Cette perte fit sur lui une impression morale très forte, et le ramena aux pratiques religieuses qu'il avait abandonnées depuis sa jeunesse comme

un si grand nombre de ses comtemporains, mais sans jamais dépouiller les sentiments chrétiens, qui étaient profondément gravés dans son cœur, ainsi que le prouvent plusieurs passages de la *Théorie du Code pénal.* Depuis la mort de mon frère cadet, mon père n'a cessé de fréquenter l'église de sa paroisse jusqu'aux jours de l'affaiblissement de sa vue : peu de temps avant sa mort il demandait à son curé de prier pour lui ; et pendant les jours même qui précédèrent sa mort presque subite, il a été vu fréquemment à genoux en prière au pied de son lit.

La révolution du 4 septembre 1870, en ramenant au pouvoir tous les amis de mon père, lui redonna un crédit très supérieur à celui déjà grand dont il avait joui en 1848. Il fut nommé en 1872 par M. Dufaure, ministre de la justice, président de la chambre criminelle ; mais en 1874 il était atteint par la limite d'âge, et il employait le commencement de sa retraite à la publication d'un ouvrage de pure pratique, paru en 1877 : *Pratique criminelle des cours et tribunaux.*

Les dernières années de la vie de mon père l'ont vu entrer tardivement dans la vie politique. Passionnément attaché dès sa jeunesse aux idées libérales, lecteur assidu de Rousseau et de tous les écrivains de cette école, il avait peu à peu adopté cette opinion que le régime républicain est le meilleur des régimes libéraux, et que la démocratie doit se développer au milieu de toutes les libertés sans le contrepoids de l'autorité. Mon père n'aimait aucune autorité. Sous l'Empire, il disait qu'il ne comprenait pas ce qu'on voulait dire par le principe d'autorité, et en même temps il disait souvent que *peu d'hommes avaient apporté dans le monde autant de vérités que Rousseau.* Le gouvernement républicain, tel qu'il était compris et pratiqué par M. Thiers et ses amis, comblait ses vœux. En 1876, lors des premières élections qui se firent sous la constitution actuelle, mon père fut candidat au Sénat dans le département de la Loire-Inférieure, où il n'avait cessé d'entretenir de nombreuses relations de parenté et d'amitié. Il se présenta comme républicain libéral et conservateur, attaché fermement à la constitution de 1875, qu'il appelait le dernier terme et la fin de la révolution de 1789. Il ne fut pas nommé.

La liste de coalition impérialiste et légitimiste l'emporta. Après l'échec de la réaction tentée par M. le maréchal de Mac-Mahon, le parti républicain encore une fois vainqueur voulut recomposer le Conseil d'État, dont beaucoup de membres étaient attachés à cette réaction. Mon père en fut nommé président le 14 juillet 1879, et y entra avec bon nombre de ses amis et disciples, qui remplacèrent les membres peu sympathiques au nouvel état de choses. Pendant cinq années, il donna à ses nouvelles fonctions une assiduité, un zèle, un amour actif du bien que ses collègues admiraient dans cet âge avancé, et qui ne furent pas découragés par l'affaiblissement progressif de sa vue. Il avait toujours joui de la plus florissante santé, due à une vie sobre, laborieuse et réglée. Cependant au commencement du mois d'octobre 1884, il manifesta quelque malaise ; il s'en inquiéta peu et ne garda presque pas le lit. Il mourut pour ainsi dire subitement de la faiblesse de l'âge, le mercredi 22 octobre 1884, à 9 heures du matin, dans son domicile de la rue Desbordes-Valmore, 18, dans le quartier de Passy, qu'il habitait depuis longues années. Il avait reçu, quelques instants avant sa mort, l'absolution du prêtre appelé près de lui dès qu'on se fut aperçu du danger. Le Conseil d'État pria sa veuve et ses enfants de faire transporter le corps au Palais-Royal, où une chapelle funèbre fut érigée : le clergé y alla chercher solennellement le corps le samedi 25 : la cérémonie religieuse fut célébrée dans l'église de Passy et l'enterrement eut lieu dans le tombeau de famille du cimetière de Passy. Le Conseil municipal de Paris a donné le nom de mon père à une rue voisine de celle où il est mort; et il a jugé sa vie et ses travaux en motivant sa délibération sur ce que *M. Faustin Hélie avait consacré toute son œuvre à faire pénétrer dans le droit pénal les réformes basées sur les principes de liberté, d'humanité et d'équité.*

FAUSTIN-ADOLPHE HÉLIE.

AVERTISSEMENT

Ayant accepté l'honneur et la charge de préparer la sixième édition de la *Théorie du Code Pénal*, je crois devoir dire dans quel esprit cette nouvelle édition a été faite. Depuis la cinquième édition, œuvre exclusive de M. Faustin Hélie, de nombreuses lois sont venues modifier notre législation pénale : il suffit de citer, parmi les plus importantes, la loi du 23 janvier 1874, sur la surveillance de la haute police, celle du 25 février 1875, sur le régime des prisons départementales, celle du 29 juillet 1881 qui constitue le nouveau Code de la presse, surtout celle du 27 mai 1885, sur les récidivistes et celle du 13 août 1885, sur les moyens de prévenir la récidive, pour montrer l'ampleur de la révision qui s'imposait. Depuis la même époque, la jurisprudence criminelle a marché et sur plus d'un point a rompu avec ses précédents : la *Théorie du Code Pénal* étant aussi un ouvrage pratique, il était nécessaire de la mettre au courant de la jurisprudence la plus récente. Enfin, les législations étrangères ont pris en ces derniers

temps dans les préoccupations de tous les esprits une place de plus en plus grande, et il a fallu tenir compte de cette tendance qu'on ne peut qu'approuver.

Je me suis attaché, et j'espère y avoir réussi, à respecter aussi scrupuleusement que possible cette œuvre magistrale. Le texte n'a subi que quelques amputations strictement nécessaires par suite des changements survenus dans la législation. Quand, par hasard, un mot a dû y être changé, le changement a été indiqué par des parenthèses. L'œuvre de la révision a été faite tout entière à l'aide de notes placées en petit texte au bas des pages, et qui se distinguent des notes que contenait précédemment l'ouvrage par les deux astérisques (**) qui les précédent.

Si laborieuse que soit la tâche que j'ai entreprise, je m'en sens amplement dédommagé par l'honneur de mettre mon nom à côté de celui d'un de nos plus grands criminalistes, et je suis heureux de dédier ce travail à sa mémoire.

Edmond VILLEY.

Professeur à la Faculté de droit de Caen.

THÉORIE

DU

CODE PÉNAL

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPE DU DROIT PÉNAL.

1. Il est nécessaire de rechercher le principe qui a dirigé la rédaction de la loi pénale.
2. Fondements des premières législations. Droit de vengeance.
3. Limites apportées au droit de vengeance. Sacrifices expiatoires. Talion. Compositions.
4. Premières formules du principe de l'utilité publique.
5. Principe de la vindicte publique chez les peuples modernes.
6. But assigné à la justice pénale par les publicistes du XVIIe et du XVIIIe siècle.
7. Comment le principe de l'expiation morale a tenté de se substituer à celui de l'utilité publique.
8. Examen critique du principe de la justice morale considérée comme source de la justice pénale.
9. Quel est le véritable fondement du droit pénal.
10. Opinion des criminalistes du XVIIIe siècle.
11. Résumé de la doctrine. Système pénal.

---

1. Si le droit que le pouvoir social exerce dans la distribution des peines n'est point en lui-même contesté, il n'en est pas de même des limites dans lesquelles ce droit peut s'exercer et des règles qui doivent diriger son application. Les systèmes ont succédé aux systèmes. Chaque publiciste est venu, une théorie à la main, tracer un nouveau cercle autour du législateur, ou offrir à son pouvoir une base nouvelle. Les limites laissées à son action répressive, tantôt presque in-

définiment étendues, tantôt resserrées et plus étroites, toujours indécises et vagues, sont aujourd'hui encore l'objet des disputes de la science.

La première étude du jurisconsulte doit être de rechercher et de fixer le principe qui a présidé à la rédaction de la loi pénale, le système dans lequel elle a été conçue. Ce n'est, en effet, qu'en remontant à ce système qu'il peut connaître quel esprit respire sous tant de dispositions diverses, quelle pensée a mesuré les délits, a gradué les peines, quel a été le point de départ du législateur, le fondement de son édifice. Ce n'est qu'en dévoilant cette idée générale qu'il pourra en refléter la lumière jusqu'aux extrémités du Code, en éclairer toutes les parties. C'est le premier principe d'interprétation.

Une telle étude présente des difficultés particulières dans notre Code pénal. Presque entièrement rénové par le système des circonstances atténuantes, ce Code n'a plus, pour ainsi dire, que la forme de celui de 1810. Il a secoué l'empreinte du doigt impérial ; il a suivi, quoique avec lenteur, les progrès de la civilisation et des mœurs ; la liberté politique lui a jeté quelques fécondes semences ; ses vieilles dispositions se sont animées d'un esprit nouveau, ses textes ont répudié d'inutiles rigueurs. C'est aujourd'hui une œuvre complexe, où se combine une double action législative, où se révèle un double principe ; monument à demi détruit que l'architecte a relevé sur un autre plan. Comment suivre et retrouver les traces des deux ordres d'architecture ? Comment constater à quel système appartiennent ces dispositions amalgamées de deux législations intervenues à vingt-deux ans de distance ? Tel est cependant le but que nous nous proposons d'atteindre.

Jetons d'abord un rapide coup d'œil sur les diverses théories qui ont divisé la science. On ne prétend point entraîner les lecteurs dans une discussion approfondie de ces théories. Cette discussion que nous reprendrons ailleurs [1] ne serait point à sa place dans un ouvrage comme celui-ci. Mais ce serait réduire l'étude du droit aux bornes d'une pratique sté-

1. *Le Droit pénal*, ouvrage inédit.

rile que d'accepter le principe sans en rechercher la source, et de supposer la légitimité du droit de punir parce que ce droit existe.

2. L'histoire enseigne que, chez tous les peuples barbares, la vengeance a été le premier principe des peines. Là où il n'y a pas de justice sociale, la justice privée prend nécessairement sa place; là où la société ne protège pas les personnes, les personnes se défendent elles-mêmes; les violences justifient les violences. Telle est la loi de tous les peuples chez qui la force matérielle n'est pas subordonnée à la force morale. Le droit de vengeance appartenait à la famille; il était imposé comme un devoir aux parents les plus proches. La vengeance du sang était une véritable punition infligée sous forme de représailles, sans jugement et sans mesure, par les parties lésées à l'auteur de l'offense ou aux personnes de sa famille ou de sa tribu [1].

Ces premières coutumes, qui sont en quelque sorte associées à l'état primitif de chaque peuple, se transforment bientôt. Le droit de vengeance à force ouverte, né de l'indépendance des individus, s'affaiblit à mesure que les liens de la société commencent à se former. Dès que, dans chaque peuplade, dans chaque nation, une autorité se développe, cette autorité cherche à attirer à elle la distribution des châtiments, mais elle n'en change pas sur-le-champ la nature; elle se substitue aux parties lésées, en ce point qu'elle prononce et applique elle-même les peines que les coupables avaient méritées, mais elle continue le même système; le corps social, l'État, la cité prennent la querelle de l'offensé et s'identifient avec lui; la vengeance, au lieu d'être personnelle et privée, devient générale et publique. Le droit de la *vindicte publique* entre dans la législation et est tenu comme légitime. L'État menacé, la paix enfreinte se vengent par des peines. De là l'exagération de ces peines, de là les tortures et les supplices. A la violence des passions humaines on oppose des lois qui respiraient la vengeance et qui semblaient écrites avec du sang.

1. Genèse, 14, 14; Deuter., 19, 6; Tac., de Moribus Germ., 21; Pardessus, Loi salique, p. 654.

Les nations anciennes, même les plus civilisées, étaient prodigues des peines les plus barbares. A Athènes, les supplices de la lapidation, de la croix, du feu, les coups de fouet ou de bâton, étaient appliqués non-seulement à l'homicide, mais à la trahison, à la désertion à l'ennemi, au vol manifeste, à la profanation des mystères, au sacrilége. A Rome, s'il est vrai, comme le dit Tite-Live, que les peines furent d'abord empreintes de modération, *in aliis gloriari licet nulli gentium mitiores placuisse pœnas* [1], cette modération dura peu. Les condamnés avaient la tête tranchée après avoir été frappés de verges; ils étaient tantôt précipités de la roche Tarpéienne, tantôt enfermés dans un sac et jetés à la mer, tantôt brûlés vivants, tantôt attachés à une croix ou livrés aux bêtes féroces. Quelques-uns de ces supplices furent remplacés plus tard par les peines du glaive ou de la potence: *Damnatio ad gladium et ad furcam*. Il faut ajouter encore l'amputation d'un membre, l'application des verges jusqu'au sang, *cum virgis sanguineis*, la marque au front des condamnés. On trouve, dans toutes les législations de cette seconde période, la même cruauté dans l'application des peines, les mêmes excès dans la répression des crimes.

3. Et cependant on peut apercevoir, dès ces premiers temps, les efforts de la conscience humaine, quoiqu'elle ne fût pas alors éclairée des mêmes lumières, pour apporter, quoique d'une manière vague et confuse, quelques limites à ces pénalités excessives.

Ainsi, les prêtres, qui exerçaient une grande influence sur les peuples, intervinrent souvent, à cette première phase des sociétés, dans la dispensation de la justice. On trouve dans l'Inde, dans l'Égypte, dans la Judée, dans la Grèce, dans la Gaule, l'usage assez fréquent des sacrifices expiatoires; les auteurs des meurtres ou des pillages fléchissaient par des cérémonies la colère divine, et se purifiaient des souillures du crime, ou devenaient eux-mêmes les victimes offertes en holocauste. En Égypte [2], dans les Gaules [3], chez les peu-

1. Livius, 1, 51; 2, 5.
2. Diodore de Sicile, 1, 103.
3. Klimrath, t. 1, p. 194.

ples du Nord [1], les prêtres jugeaient eux-mêmes les crimes ou pouvaient s'opposer à l'exécution des châtiments. La confusion de la justice divine et de la justice humaine se rencontre ainsi au berceau des sociétés ; elle entraîne comme conséquence l'idée de l'expiation, l'idée de la punition ou du repentir purifiant l'agent et le rachetant de ses fautes. C'est la première expression d'une loi morale confusément comprise et faussement appliquée. La justice humaine, défiante d'elle-même, s'appuyait sur la justice divine. De là toute la procédure des épreuves, de là les jugements de Dieu qui se retrouvent dans les coutumes de la plupart des peuples barbares.

Une autre limite du droit de la vengeance fut la loi du talion. Le talion, qui ne s'appliquait qu'aux attentats contre les personnes, est l'expression grossière d'une règle de la justice morale ; c'est la rétribution la plus complète du mal pour le mal ; c'est l'expiation telle que la justice humaine, en ces temps barbares, a dû la concevoir, l'expiation limitée à la quotité du mal causé. On en trouve dans l'Exode cette formule : *Reddes animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, adustionem pro adustione, vulnus pro vulnere, livorem pro livore* [2]. Les lois grecques et les lois romaines ont gardé les traces de son application. Une loi, attribuée à Solon par Diogène de Laerte, portait : *Si quis monoculo oculum effoderit, uterque ei offodiatur* [3]. La loi des XII Tables en avait consacré le principe : *Si membrum rupit, ni cum eo pascit, talio esto* [4]. Il continua même de régir le crime d'accusation calomnieuse [5].

Ce principe était l'application à l'agent d'un mal identique au mal qu'il avait fait : la vie payait pour la vie, les membres pour les membres, le sang pour le sang. Il s'appuyait sur une double idée : l'idée religieuse de l'expiation, idée que la conscience humaine a toujours admise, et l'idée sociale de res-

1. Tacite, German., 7.
2. Ex. 21, 23.
3. Diog. Laert. Vit. Solon., § 9 ; Arist. Nicom., 5, 8.
4. Aulu-Gell. 10, 1.
5. L. 10, Cod. de calumniat.

treindre cette expiation à la proportion du préjudice éprouvé. Sous ce dernier rapport, on y trouve un premier pas de la justice : tout en reconnaissant le droit des représailles, cette loi en réglait l'usage, elle le contenait dans des limites fixes, elle déterminait la gravité de la peine qu'il pouvait infliger et lui défendait d'aller au delà.

Une troisième limite qui fut apportée soit au principe de la vengeance, soit à l'application même du talion, fut l'usage des compositions, qui transformaient les peines corporelles en peines pécuniaires. L'accusé, menacé par la partie lésée ou par sa famille, pouvait, en cédant ses propriétés ou en payant une certaine somme, se mettre à l'abri de leurs coups ; la composition, qui dans les premiers temps devait être agréée par la partie, et qui plus tard lui était imposée, éteignait les représailles. Cette coutume, qui était consacrée dans les lois hébraïques, dans les lois grecques et dans les premières lois romaines, a reçu ses plus grands développements dans les lois germaniques, qui ont été jusqu'à régler le prix de rachat de chaque espèce de crime. L'institution, dans ces dernières lois, du *fredum*, affecté au juge ou au chef de l'État, imprimait à la composition un caractère général ; on peut y voir une tendance vers le régime qui devait substituer les peines publiques aux peines privées, l'action sociale à l'action individuelle.

4. Les progrès de l'organisation sociale modifièrent peu à peu ces premiers errements de la justice. L'État entrevit un autre but que celui de la vengeance ou celui de l'expiation ; il sévit contre les malfaiteurs dans le seul intérêt de l'ordre et de sa propre conservation. C'est là l'idée qui est perpétuellement appliquée dans toutes les sociétés organisées.

Elle est nettement formulée dans les dialogues de Platon. On lit dans le *Protagoras* : « Personne ne châtie ceux qui se sont rendus coupables d'injustice par la seule raison qu'ils ont commis une injustice, à moins qu'on ne punisse d'une manière brutale et déraisonnable. Mais lorsqu'on fait usage de sa raison dans les peines qu'on inflige, on ne châtie pas à raison de la faute passée, car on ne saurait empêcher que ce qui est fait ne soit fait, mais à cause de la faute à venir, afin

que le coupable n'y retombe plus, et que sont châtiment retienne ceux qui en seront les témoins [1]. » On lit encore dans les *Lois* : » Il est nécessaire que le législateur prévienne et menace ceux qui pourraient devenir criminels, et qu'il fasse des lois pour les détourner du crime et les punir quand ils seront coupables, comme s'ils devaient le devenir [2].

Le même principe anime évidemment la législation romaine. Cicéron déclare en termes formels que toute peine n'a pour fondement que l'intérêt de l'Etat : *Omnem anidmadversionem et castigationem ad reipublicæ utilitatem pertinere* [3]. Sénèque ne lui reconnaît également qu'un but, c'est d'assurer la sécurité publique : *Ut securiores cœteri vivant* [4]; et c'est pour atteindre ce but qu'il veut qu'elle ait pour effet de corriger le coupable et de servir d'exemple : *Ut eum quem punit emendet, aut ut pœna ejus cœteros meliores reddat.* Si ces effets ne sont pas produits, il n'hésite pas à déclarer que la paix publique doit être assurée par la destruction des coupables, *sublatis malis* [5] ; et il répète les paroles de Platon : *Nam ut Plato ait : Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur ; revocari enim præterita non possunt, futura prohibentur ; et quos volet nequitiæ malè cedentis exempla fieri, palam occidet, non tantum ut pereant ipsi, sed ut alios pereundo deterreant* [6]. Quintilien se demande si la peine doit se proposer de punir l'acte commis ou de servir d'exemple, et il déclare qu'elle est avant tout exemplaire : *Omnis pœna non tam ad delictum pertinet quam ad exemplum* [7]. Enfin, Aulu-Gelle, après avoir reconnu également que là où il n'y a pas nécessité de faire un exemple, il n'y a pas lieu de punir [8], assigne à la peine, en s'appuyant sur Taurus, commentateur du Gorgias, outre la correction du coupable et

1. Trad. de M. Cousin, t. 3, p. 41.
2. Trad. de M. Cousin, t. 8, p. 276.
3. De officiis, lib. 3.
4. De clementiâ, lib. 1, cap. 22.
5. De clementia, et De irâ, 1, 16.
6. De irâ, 1, 16.
7. Décl. 274.
8. Noct. att., lib. 6, p. 14.

l'exemple, la réparation du dommage. Les lois romaines n'ont aucun texte qui soit directement contraire à ces maximes [1].

5. Les nations modernes, aussitôt que quelques rayons commencent à luire au milieu des ténèbres du moyen âge, donnent la même base à leurs lois pénales. Le droit de la vindicte publique, qui continue d'y régner, n'est qu'une nouvelle forme, faussée d'ailleurs par les préjugés et les mœurs, du principe de l'utilité sociale qui s'est développé en même temps que le principe de l'État et qui en a partagé les égarements. Nos anciens légistes, lorsque les notions juridiques commencèrent à se répandre, n'en soupçonnaient point d'autre. Beaumanoir répète, après les Assises de Jérusalem et toutes les coutumes locales, que « la vengeance doit être prise de çascun meffet, » et il pose en règle que la peine n'a qu'un but, l'exemple : « Bonne coze, dit-il, est que l'on courre au deuant des malfeteurs et qu'ils soient si rudement pusni et justicié selon lor meffet que li autres en preugnent exemple, si que ils se gardent de meffers [2]. » Pierre Ayraut, le plus indépendant et le plus instruit de nos anciens criminalistes, reprend la même règle : « La justice, en toutes ses exécutions, tend plus à l'exemple qu'au chatiement. Si le magistrat doit faire comme le bon médecin, qui tend à guérir, non pas à perdre, est-ce correction ou amendement que d'exterminer ? C'est donc pour l'exemple que la justice punist ; et pour cette raison les Latins appeloient même celui qui étoit chatié et exécuté *exemplum* [3]. » Jean Bouteiller, en son *Grand Coustumier*, s'exprime encore ainsi : « Peine de loy fut par les anciens advisé pour refraindre la male volonté des malfaiteurs. Combien que toujours doit la peine être entendue en la moins aspre partie par le juge, car justice sans miséricorde est trop dure chose

1. L. 31, Dig. depos. : « Ut aliis exemplo ad deterranda maleficia sit. » — L. 1, Cod. ad leg. Jul. repetund. : « Ut unius pœna possit esse multorum. » — L. 29, Cod. Theod. de navicul.: « Ne crescat audacia in posterum. » — Justinien, nov. 17, cap. 5 : « Cum vehementia corrige ut paucorum supplicium alios omnes faciat salvos ; et nov. 30, cap. 11 : « Acerbè punito ut paucorum hominum supplicio omnes reliquos continuè castigas »

2. Coutumes de Beauvoisis, cap. 30.

3. Ordre et formalité judiciaire.

et miséricorde sans justice est trop lasche chose, et, pour ce, il faut y avoir attrempance et moyen par sage direction de juge ; » et il ajoute qu'au cas d'accoustumance, si les malfaiteurs « sont de leur nature brigans, telles gens doivent estre si grievement pusnis que ce soit exemple à tous autres [1]. »

6. Tous les publicistes qui s'occupèrent, la plupart très accessoirement à la vérité, des fondements du droit pénal, sont venus successivement affirmer la même doctrine. Thomas Hobbes, qui fait dériver le droit de punir du contrat social et de la nécessité de contenir les hommes par l'appréhension des peines, déclare que ces peines doivent regarder, non le mal passé, mais le bien à venir, parce qu'elles ne se mesurent qu'à l'utilité publique, et que leur but n'est que de corriger le coupable et de rendre meilleurs ceux à qui le supplice doit servir d'exemple [2]. Suivant Locke, les peines ne tendent qu'à réparer le dommage qui a été causé et à empêcher qu'il n'en arrive un semblable à l'avenir : toute peine qui serait établie par un autre motif que la nécessité de la conservation du corps social serait une peine illégitime [3]. Puffendorf [4], Montesquieu [5], Vatel [6], J.-J. Rousseau [7] et Beccaria ne font que répéter, avec quelques nuances dans les expressions, le même principe : « L'idée de l'utilité commune, a dit ce dernier, est la base de la justice humaine. Les châtiments n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime [8]. » Tous les praticiens de ce temps, Serpillon, Jousse, Muyart de Vouglans, ne font que répéter la même idée sans la développer ; « La loi s'est proposée trois objets en établissant les peines, dit ce dernier, savoir : de corriger le coupable et d'empêcher qu'il ne retombe dans les mêmes crimes ; de

1. Ch. 29.
2. De cive, cap. 3 et 19 ; Leviathan, cap. 28.
3. Du gouvernement civil.
4. Droit de la nature et des gens, liv. 8, chap. 8, § 12.
5. Esprit des lois, liv. 26, chap. 12.
6. Le Droit des gens, liv. 1, chap. 13.
7. Contrat social, liv. 2, chap. 5.
8. Voy. Introduction au Traité des délits et des peines.

venger le particulier offensé du préjudice qu'il a souffert, et d'assurer l'ordre public en détournant les autres, par la terreur des châtiments, de commettre de semblables crimes [1]. »

7. Cependant, à côté de cette base de l'utilité commune reconnue à la législation et de cet effet d'intimidation assigné à la peine, un autre principe s'était fait jour : l'idée religieuse de l'expiation, que nous avons vue naître aux premiers âges de la société, se reproduisait sous une autre forme et avec un autre but. Paul, d'abord, pour établir que la peine ne passe pas aux héritiers, pose en règle qu'elle a pour objet l'amendement des coupables : *Pœna constituitur in emendationem hominum* [2]. Les empereurs Sévère et Antonin déclarent dans un rescrit qu'en commettant une faute, le coupable s'est par là même soumis à une peine : *Ipse te huic pœnæ subdidisti* [3]. Arcadius et Honorius établissent comme un principe qu'il ne peut y avoir de châtiment là où il n'y a pas de faute : *Sancimus ibi esse pœnam ubi et noxa est* [4]; ils disposent encore que la peine doit être égale à la faute, *par pœna peccato*, et en rapport avec la nature du crime, *condigna crimini* [5]. Cette doctrine se développa sous l'influence des idées chrétiennes : saint Augustin enseignait que le châtiment n'est juste qu'autant qu'il frappe une faute : *Omnis pœna, si justa est, peccati pœna est* [6]; qu'il n'est qu'une pénitence : *pœnitens est pœnam tenere* [7] ou, en d'autres termes, une souffrance qui punit et expie la faute commise, *læsio quæ punit et vindicat quod quisque immisit* [8]. C'est en ce sens que Tertullien considère le délit comme une dette, parce que la justice a le droit d'en exiger la punition [9]. C'est en suivant la même voie qu'au XVIe siècle Alphonse de Castro pla-

1. Réfutation du Traité des délits et des peines.
2. Liv. 20 Dig. de pœnis.
3. L. 35 Dig. de jure fisci.
4. L. 18 Cod. Théod. de pœnis.
5. L. Cod. de crimine peculatûs.
6. De libero arbitrio, lib. 3, cap. 15.
7. De verâ et falsâ pœnitentiâ, cap. 19.
8. Can. 4, quæstion. 3, dist. 3, caus. 33.
9. De oratione, cap. 7.

çait sur la même ligne, comme deux actes d'un caractère identique, la pénitence imposée au pécheur et le châtiment infligé au délinquant [1]. Le caractère propre de la peine, suivant ce théologien, c'est qu'elle est infligée à raison de la faute commise et pour la punir; c'est une rétribution du mal que l'agent a commis, et son but est de rétablir l'ordre qu'il a troublé.

On retrouve cette doctrine dans Grotius, dans Selden, dans Leibnitz. « Pour punir légitimement, dit Grotius, il faut avoir le droit de punir; or ce droit vient du mal que le criminel a fait [2], » Ainsi, c'est du mal du délit que dérive le droit de punir, c'est la faute accomplie qui est la source et la mesure de la punition. Il définit en conséquence la peine *malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, c'est-à-dire la rétribution d'un mal infligé à raison du mal de l'action. Selden, plus explicite, enseigne nettement que la peine n'est infligée qu'à raison du mal commis, *quia peccatum est*, et que le seul motif de son institution est de réparer, d'expier, de purger le mal [3]. Il la considère comme une souffrance qui apporte avec elle l'expiation et comme un remède qui opère la régénération du coupable. « Ce n'est point en vue d'un mal futur, ajoute-t-il, que les châtiments sont établis, c'est en vue d'un mal accompli, *pro malo actionis prœteritœ* : la peine est la rétribution du mal du délit et la correction du coupable. Son caractère est purement expiatoire. » Leibnitz considère la justice humaine comme une communication de la justice divine, qu'il appelle punitive et vindicative, et lui assigne la même fin [4]. Cette école a acquis, à la fin du siècle dernier, une puissance nouvelle par le concours qu'elle a reçu du philosophe de Kœnigsberg. Le principe fondamental de la pénalité, suivant Kant, c'est la justice; sa fin est la réparation du mal du délit, son rachat ou son expiation par le châtiment [5].

1. De potestate legis pœnalis, 1558.
2. De jure belli et pacis, lib. 2, cap. 20, §§ 2, 5 et 6.
3. De jure naturali et gentium, lib. 1, cap. 4.
4. Essais de Théodicée, § 73.
5. Éléments métaphysiques de la doctrine du droit, p. 197 et 247.

Dans ce système, les châtiments ne sont que des moyens ou des manifestations de l'expiation morale ; c'est la stricte application aux choses humaines des règles de la justice absolue ; la loi du talion en détermine la qualité et la mesure. Quelques-uns des disciples de Kant, en partant du même principe, ont proposé de circonscrire l'intervention de la justice au cas où l'acte immoral aurait violé les droits de la société ou les droits des individus qui la composent. Cette théorie, qui supposait une exacte définition des droits légitimes de la société et de ses membres, a été condamnée par les difficultés de son application. D'autres se sont bornés à imposer simplement pour limite à l'action de la justice morale l'intérêt social, l'intérêt de l'ordre extérieur et de la paix publique, et c'est à cette sorte de transaction que M. Rossi s'est rattaché : « Le pouvoir social, dit-il, ne peut regarder comme délit que la violation d'un devoir envers la société et les individus, exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique. » Cette théorie de la justice morale ainsi restreinte dans les limites de l'utilité sociale a été embrassée par plusieurs éminents écrivains [1]. Arrêtons-nous un moment à l'examiner.

8. C'est à la loi morale, comme à sa source, qu'elle fait remonter la justice pénale ; c'est dans les préceptes de la justice divine qu'elle cherche ses préceptes et ses lois : l'utilité sociale n'est qu'une limite des incriminations, une mesure des pénalités. « Le droit pénal, a dit M. Rossi, se compose d'une partie absolue et d'une partie relative, d'une partie variable et d'une partie invariable, d'une partie sur laquelle l'homme ne peut rien et d'une partie qu'il peut modifier en modifiant sa propre manière d'être, en un mot, de préceptes de justice et de règles d'utilité. L'utilité n'est pas un principe suprême, générateur primitif de nos droits et de nos devoirs ; elle est un motif ; elle est et doit être pour la société une mesure dans l'exercice des pouvoirs dérivant d'une source plus élevée. La justice pénale est une portion de la justice universelle ; elle a des bornes, le maintien de l'ordre social. »

1. M. Cousin, Arg. phil. du Gorgias, trad. des œuvres de Platon ; M. Guizot, de la peine de mort en matière politique ; M. de Broglie, Revue française, 1828.

Que la loi morale soit un élément nécessaire de la justice pénale, on ne peut en douter. Il est certain que le législateur ne peut saisir des actes dont l'incrimination répugne à la conscience, qu'il ne peut flétrir des faits qu'elle juge innocents ou méritoires, qu'il ne peut commander des actions qu'elle réprouve et qu'elle condamne. La première condition de la loi sociale est d'être en harmonie avec la loi morale ; la pénalité ne peut être utile sans être juste. Tous les systèmes sont aujourd'hui d'accord sur cette idée fondamentale qui est désormais acquise à la science. La difficulté ne s'élève que pour établir le rapport de la justice morale et de la justice pénale. Quelle est la nature de ce rapport ? La justice morale n'est-elle qu'un élément de la justice pénale, destiné à la contenir et même à la diriger, mais sans en changer la mission spéciale et restreinte ? ou bien est-elle au contraire la source d'où l'autre procède, le principe que celle-ci ne fait qu'appliquer ? En d'autres termes, la justice sociale, même en s'appuyant sur la loi morale, a-t-elle en elle-même des conditions de vie qui lui soient propres, ou n'est-elle qu'une émanation et une délégation de la justice absolue ?

Quel est le but de la justice morale ? C'est le rétablissement de l'ordre troublé par un acte immoral. Comment s'opère ce rétablissement ? Par l'expiation de la faute. Cette expiation est la rétribution, dans une juste proportion, du mal par le mal. Est-ce là la mission de la justice sociale ? Est-elle chargée, par une délégation de la justice éternelle, d'en faire régner et d'en appliquer les lois ? A-t-elle le pouvoir d'exiger des coupables l'expiation de leurs délits ? L'expiation qui, suivant Leibnitz, est « le rétablissement de l'ordre par le châtiment », est, en d'autres termes, la faute rachetée par la souffrance, le crime réparé par la peine. Elle s'opère par l'infliction d'une douleur égale à l'intensité de la faute ; elle s'opère aussi par les regrets et les remords, par le repentir et les larmes, par une épuration vraie des mouvements de l'âme. L'ordre est rétabli et l'expiation est entière quand le coupable reconnait son égarement et le déplore, quand il manifeste son repentir, quand il s'efforce d'effacer les traces de son crime et d'en réparer les effets. Est-ce là

l'expiation que la justice humaine peut poursuivre ? Evidemment non, car elle n'a pas les moyens de la constater. Comment pourrait-elle vérifier les regrets, les remords et le repentir ? Comment pourrait-elle pénétrer dans la pensée du coupable pour mesurer le degré de la faute et le degré de l'expiation ? Elle s'arrête aux faits extérieurs, aux indices, aux probabilités. Elle saisit le trouble social, elle ne saisit pas le trouble moral. Elle aperçoit le dommage matériel, elle n'aperçoit pas le mal interne et tous les faits moraux qui l'aggravent ou l'atténuent. Que peut avoir de commun cette justice qui ne voit que les actes externes, et la justice éternelle qui ne voit que l'âme et ses troubles secrets ? Comment parviendrait-elle à opérer l'expiation, quand elle ne peut apprécier ni la valeur morale du délit, ni le degré d'une peine égale à cette valeur ?

Ensuite, si cette analogie de la justice divine et de la justice humaine était admise, n'y a-t-il pas lieu de craindre qu'en donnant pour base au châtiment l'intensité du mal moral, non-seulement la justice humaine ne puisse arriver à une équitable proportion entre le délit et la peine, mais qu'elle ne soit entraînée, par cela seul qu'elle fait l'office de la justice divine, à porter les incriminations et les peines au-delà de leurs limites légitimes ? L'ordre moral, en effet, plus susceptible que l'ordre social, souffre de mille atteintes dont ce dernier ne souffre pas, il s'inquiète d'un grand nombre d'infractions qui, par cela seul qu'elles ne sont accompagnées d'aucun trouble extérieur, sont indifférentes à celui-ci. De là sa tendance naturelle à se prêter facilement à des incriminations que l'intérêt de l'ordre social ne justifie pas. Chaque incrimination est une conquête pour la loi morale, car elle donne dans ce monde une sanction à l'un de ses principes, elle étend les bornes de son empire temporel, elle en promulgue les décrets. De là une incessante provocation près de la loi sociale pour la porter à saisir tous les actes naturellement immoraux qui ne touchent qu'indirectement à l'intérêt général, pour lui faire épouser toutes les querelles de l'ordre moral, pour lui faire venger toutes ses blessures. On peut facilement apercevoir les périls dont cette tendance menace-

rait la liberté civile : toutes les actions humaines qui, bien qu'immorales en elles-mêmes, n'ont pas été saisies par la loi pénale, parce qu'elles n'apportent aucun trouble à l'ordre extérieur de la société, pourraient et devraient même devenir l'objet de ses incriminations ; car le progrès de cette loi, s'il était reconnu qu'elle prend sa source dans la loi morale, qu'elle en émane, et qu'elle a pour mission de l'appliquer, consisterait nécessairement à apporter une sanction à tous ses principes.

9. Quel est donc le véritable fondement du droit pénal? A quel principe faut-il remonter pour l'expliquer et pour en rendre compte? On a vu que tous les principes qui ont été successivement invoqués, le droit de vengeance, le droit de défense, l'utilité commune isolée de toute autre condition, l'expiation, ne suffisent pas pour justifier la légitimité de ses applications. Nous croyons que sa base n'est point dans tel ou tel système, mais dans la nécessité même des choses. L'homme est né dans la société et pour la société; c'est là son état de nature. Or, la société ne peut exister que par l'accomplissement des lois qui sont nécessaires pour faire régner l'ordre, c'est-à-dire pour faire respecter et les droits de la société elle-même et les droits de chacun de ses membres. Il y a donc dans l'association humaine une loi de conservation qui justifie toutes les mesures qui sont les conditions essentielles de sa vie. La justice pénale existe parce qu'elle est une de ces conditions, parce qu'elle est un des éléments nécessaires à sa conservation, parce qu'elle est la sanction du droit. Elle n'a pas besoin d'autre titre; sa légitimité est tout entière dans la loi sociale. Elle exerce un droit de défense, ou, pour parler plus exactement, un droit de protection, un droit de conservation, droit qui s'étend à tous les droits, à tous les intérêts sociaux, et qui porte en lui-même, comme un développement logique et nécessaire, les mesures de prévoyance qui ont pour objet de contenir les actes nuisibles à l'ordre, et les mesures qui ont pour objet de les réprimer. Elle se propose enfin, à côté de cette contrainte nécessaire dont elle règle l'usage, d'atteindre un autre but qui a été souvent indiqué dans tous les temps, et vers lequel nos

études commencent à graviter, à savoir, la régénération des agents par l'enseignement de peines instructives et moralisantes.

Nous comprenons que quelques esprits éminents se soient efforcés d'assigner pour source à la loi humaine la loi divine elle-même, afin de lui imposer les mêmes préceptes et les mêmes règles. La justice pénale admet la loi morale comme un élément indispensable, mais non comme la source dont elle émane; elle y voit une condition, une limite de ses incriminations, de ses pénalités, mais non leur principe; elle n'a point, en effet, la mission de donner une sanction à cette loi divine et d'en faire observer les préceptes. Elle ne s'occupe et ne peut s'occuper que de l'ordre extérieur et des intérêts sociaux, elle ne peut avoir d'autre objet que de maintenir cet ordre et de sauvegarder ses intérêts. L'homme, qui ne connaît qu'incomplètement l'ordre moral, qui n'aperçoit que confusément quelques-unes de ses règles et se trompe en les appliquant, n'a les moyens ni de vérifier à quel point elles ont été violées, ni d'apprécier le taux de la réparation exigible. La justice sociale n'a pas pour mission d'exercer la justice morale; le cercle où elle se meut est limité; elle ne peut avoir d'action que sur les faits extérieurs, sur les actes matériels. Elle saisit les choses et non les pensées; elle s'arrête aux actions qui troublent la paix publique, et non à celles qui dévoilent la perversité intérieure des âmes; elle a pour mobile le mal matériel, et non le mal moral. Assigner à l'une et à l'autre la même origine et les mêmes règles, n'est-ce pas confondre deux ordres de choses distincts? n'est-ce pas égarer la justice humaine en lui proposant un but au-delà de sa portée? n'est-ce pas, en plaçant entre les mains du législateur une délégation de la justice céleste, légitimer le plus dur des despotismes, celui qui pèserait sur les actes de la vie intérieure? Les deux justices ont un nom commun, parce que, dans une sphère différente, elles poursuivent une tâche, non point identique, mais analogue, parce que l'une et l'autre, dans le monde moral et dans le monde social, ont pour but d'obtenir le rétablissement de l'ordre. On a pu même dire que la justice est une; elle est une en ce sens que la

justice sociale, comme la justice morale, ne prétend atteindre que les actes injustes; que, comme elle, elle en cherche la punition; que, née de la loi naturelle de la conservation sociale, elle tend à s'appuyer sur les règles morales qui sont le vrai fondement de la société humaine. Mais cette unité ne consiste que dans une vue commune et quelques règles identiques; elle ne va pas au-delà. La justice sociale n'est point la justice morale lorsqu'elle est forcée d'apprécier la gravité des actes sur le trouble qu'ils ont causé, et la moralité des agents sur les indices extérieurs qu'elle saisit; elle n'est point la justice morale quand elle se borne à rétablir l'ordre matériel et quand elle incrimine des actes que la conscience individuelle n'approuve pas sans doute, mais qu'elle ne flétrit pas non plus, tels que les contraventions et les délits purement matériels.

10. Telle est la doctrine qui est au fond du livre de Beccaria, mais qu'il n'a fait qu'indiquer; on y lit, en effet, « que la justice pénale ne doit saisir que les délits contraires à la loi naturelle et à la loi sociale; que la législation ne doit jamais se mettre en opposition avec elle [1]. » Aussi, après lui avoir donné pour base l'utilité commune, il ajoute que ses mesures ne doivent atteindre que les faits qui constituent à la fois une infraction à la loi sociale, c'est l'élément de l'incrimination, et une infraction à la loi morale, c'est la condition qui lui sert de limite. Les nombreux publicistes qui ont suivi ses traces, et parmi eux les plus célèbres, Filangieri [2], Jérémie Bentham [3] et Feerbach [4], n'ont fait, avec des formules très diverses, que reproduire une partie de cette théorie, à savoir: le principe social qui fonde la légimité de la loi pénale et le principe de l'utilité commune qui lui donne sa direction. Mais Bentham, en s'arrêtant à ces deux premiers points, et Feerbach, en ne cherchant dans la contrainte psychologique produite par la menace de la peine que l'effet préventif qui en

1. Traité des délits et des peines, ch. 22 et 25.
2. Scienza della legislazione, liv. 3, 2e p., ch. 2.
3. Théorie des peines, ch. 3.
4. Lehrbuch des Peinlichen Rechts, 1, § 13.

est la conséquence, n'ont point songé à féconder l'idée jetée en germe de la nécessité de l'étroite union de la loi pénale et de la loi morale. Cette idée, qui doit former la base véritable et nécessaire des incriminations et des peines, n'a été nettement formulée que dans ces derniers temps [1].

11. Résumons en quelques mots ces divers systèmes. L'un fait dériver le droit de punir d'une primitive convention entre les membres de la société; un autre le fait remonter à un principe exclusif d'utilité; un dernier enfin, à un principe de justice morale. Il est évident que les législateurs qui choisiraient l'un ou l'autre de ces principes pour bannière et en adopteraient franchement les conséquences, arriveraient à des résultats opposés. C'est ainsi que celui qui aurait inscrit sur le fronton de son code le seul mot *utilité*, éprouverait une tendance presque invincible à apprécier les actes humains d'après leurs effets accidentels, plutôt que d'après leur perversité intrinsèque. C'est ainsi encore que toute législation qui reposera sur un principe exclusivement moral tendra à mesurer les peines sur la valeur des actions, à punir plutôt qu'à effrayer.

Toutefois ces différences peuvent s'effacer insensiblement dans l'application, soit que le législateur tempère la rigueur des déductions de chacun de ces principes, soit qu'il cherche à les concilier ensemble. M. Livingston, que la Louisiane avait chargé de la noble mission de lui rédiger un code pénal, s'est abstenu de professer aucune théorie dans son travail; il a même ambitionné de se faire applaudir de tous les systèmes. « Si le contrat social, dit-il, a jamais existé, son but a dû être la conservation des droits naturels de ses membres, et dès lors les effets de cette fiction sont les mêmes que ceux de la théorie qui prend une abstraite justice comme base du droit de punir; car cette justice, bien entendue, est celle qui assure à chaque membre de la cité l'exercice de ses droits. Et s'il se trouve que l'utilité, dernière source à laquelle on fasse remonter le droit de punir, soit si intimement unie à la justice, qu'elle en soit inséparable dans la pratique du droit,

1. Les pages qui précèdent sont extraites de notre introduction à la 2e édition du *Traité de droit pénal* de Rossi.

il s'ensuivra que tout système fondé sur l'un de ces principes doit être soutenu par les autres [1]. »

Il résulterait de cette observation, et le même criminaliste n'hésite pas à le dire, que les querelles des théories auraient plutôt porté sur les termes que sur le fond des choses. Il nous semble que c'est aller un peu loin. Il est très vrai que les diverses théories peuvent, avec des déviations plus ou moins avouées, se fondre dans un même résultat. Mais quelle en est la raison ? C'est que le législateur, tout en inscrivant dans ses lois le principe de l'utilité ou de la défense sociale, aura plus ou moins admis le concours accessoire d'un principe moral ; nous verrons plus loin un exemple de cette coïncidence dans le Code pénal.

Il faut, au surplus, le dire hautement, car toutes les théories du droit pénal se résument là : il ne peut exister un bon système pénal que sous un gouvernement libre. Les théories, quelque fortes que fussent leurs lois, seraient impuissantes sous le despotisme. Il y a une liaison intime entre les progrès des institutions politiques et ceux des lois criminelles ; elles croissent, elles se perfectionnent ensemble ; celles-ci sont la conséquence presque immédiate des autres. C'est donc au pouvoir social qui émane d'institutions libres à apprécier, soit sous un point de vue théorique, soit abstraction faite de tout système, les actes qui menacent l'existence de la société : bornée aux faits qui offrent ce péril et qui sont empreints d'une criminalité intrinsèque ou relative, la justice pénale aura rempli sa mission.

Notre dessein n'est pas d'insister sur ces idées ; il a suffi de les indiquer. Ce que nous voulons constater comme résultat de cette discussion, c'est que l'examen de toute législation pénale serait incomplet si l'on oubliait de remonter au principe qui lui a servi de base ; c'est qu'il est certain que ce principe n'est pas sans influence sur le législateur qui l'a pris pour point d'appui de ses prescriptions. Le commentateur doit donc puiser dans cette recherche la première règle de ses interprétations.

1. Introductory report to the Code of crimes and punishments, p. 114.

CHAPITRE II.

SYSTÈME DU CODE PÉNAL.

12. Idées générales qui ont dirigé la rédaction du Code.
13. Loi modificative du 28 avril 1832 ; son caractère général.
14. Esprit et motifs de cette réforme.
15. Loi du 13 mai 1863 ; son esprit et ses tendances.
16. Exposé des motifs et rapport au Corps législatif.
17. Système de cette nouvelle loi.
18. Principales modifications qu'elle apporte au Code.
19. Examen de l'art. 1er du Code. Définition du crime, du délit et de la contravention.
20. Quelle doit être la division des actions punissables.
21. Corollaires de l'article 1er.

---

12. Nous arrivons au Code pénal. Préparé quelques années après la publication des traités de Bentham [1], qui firent une si profonde sensation parmi les publicistes, ce Code dut naturellement s'empreindre des principes de cet auteur. On le trouve plusieurs fois cité dans les rapports officiels du Conseil d'État. Sa théorie revit tout entière dans ces lignes de M. Target : « Il est certain que la peine n'est pas une vengeance : cette triste jouissance des âmes basses et cruelles n'entre pour rien dans la raison des lois. C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime. Qu'un coupable souffre, ce n'est pas le dernier but de la loi ; mais que les crimes soient prévenus, voilà ce qui est d'une haute importance. Après le plus détestable

1. Les traités de législation civile et pénale de Bentham ont été publiés en 1802 par M. Dumont ; la Théorie des peines et récompenses n'a été publiée qu'en 1811 par le même publiciste ; enfin, le Traité des preuves judiciaires n'a paru qu'en 1823.

forfait, s'il pouvait être sûr qu'aucun crime ne fût désormais à craindre, la punition du dernier des coupables serait une barbarie sans fruit, et l'on ose dire qu'elle passerait le pouvoir de la loi. La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent, que sur les dangers qu'ils entraînent [1]. »

C'est donc à l'école des utilitaires qu'appartiennent les rédacteurs du Code pénal de 1810. Ils mesurent la peine sur le danger et non sur la moralité des actes qu'ils incriminent. Ils font, en thèse générale, abstraction de cette loi morale que révèle la conscience, et qui distingue parmi les actions humaines celles qui sont licites, celles qui sont défendues. La nécessité de la peine, c'est la règle principale des incriminations du Code pénal.

Cependant d'un principe rigoureux on peut ne pas tirer toutes les conséquences extrêmes. Les rédacteurs du Code, en se rangeant sous la bannière de l'école utilitaire, n'ont point prétendu suivre par une logique sévère le principe de l'intérêt dans toutes les applications; à côté de ce principe on voit même surgir parfois une pensée de moralité. « On n'a pas oublié, disait M. Berlier, que des lois qui statuent sur tout ce que les hommes ont de plus cher, la vie et l'honneur, ne doivent effrayer que les pervers, but qui serait manqué si elles imprimaient trop légèrement le caractère de crime à des actes qui ne sont pas essentiellement criminels. On a soigneusement cherché à établir de justes proportions entre les peines et les délits [2]. »

Ces paroles révèlent en quelque sorte un principe moral dans la pensée du législateur. Il est vrai que ce principe fléchit et s'efface toutes les fois que les besoins réels ou prétendus de la société sont mis en avant; le législateur est préoccupé des périls de l'ordre social; il ne s'attache que secondairement à peser la valeur intrinsèque des actes qu'il frappe de ses peines. Mais l'application même secondaire de

1. Observations de M. Target sur le Code pénal : Locré, t. 29, p. 8.
2. Exposé des motifs du tit. 1 du liv. 3 du Code pénal: Locré, t. 29, p. 422.

ce principe de justice doit être mise en lumière; on croirait vainement connaître l'esprit de la loi si on en faisait abstraction; nous aurons plus d'une occasion de remarquer des incriminations qui reposent sur une saine appréciation du juste et de l'injuste.

En général, le Code pénal de 1810 nous paraît avoir été jugé avec trop de sévérité. L'excessive élévation de ses pénalités a surtout frappé les regards, et l'on en a déduit une réprobation générale. Il faut distinguer. L'échelle pénale, aujourd'hui refaite, quoique d'une manière incomplète, était en effet empreinte d'une barbare exagération, et les réclamations qui se sont élevées à ce sujet étaient l'expression de la conscience publique, qui cherchait vainement une juste proportion entre les châtiments et les délits. Mais le système des incriminations, quelque défectueux qu'il soit, ne méritait peut-être point les mêmes reproches, et les peines trouvent généralement (à quelques exceptions près) une base légitime dans le caractère immoral des actes qui sont compris dans la catégorie des délits. Le projet du Code était conçu dans un esprit plus doux, plus modéré. On suit facilement dans les discussions du Conseil d'État les déviations que ce principe de modération a éprouvées. Chaque crime, chaque délit, successivement analysé dans ses éléments et ses effets, excitait ce sentiment d'indignation et de crainte qui conduit à l'exagération des peines. C'est dans ce sens qu'on peut dire avec justesse que les rédacteurs du Code se sont bien moins occupés de combiner une répression suffisante pour la sûreté publique, que de compenser l'horreur du crime par l'horreur du châtiment.

13. La réforme de cette législation était devenue un besoin public. La marche progressive des idées libérales, l'adoucissement des mœurs, les discussions philosophiques avaient amené l'opinion à réclamer énergiquement des améliorations dans le système pénal. Cette idée était descendue dans les esprits; l'application journalière de la doctrine de l'omnipotence en était l'expression. Le jury protestait contre l'exagération des peines, et s'était attribué le pouvoir de les proportionner aux délits.

Le législateur n'a pu méconnaître ce grave symptôme d'un besoin social, car la législation doit s'appuyer sur les mœurs publiques, et les peines doivent être proportionnées non-seulement aux crimes, mais encore aux mœurs et à la civilisation. Ainsi les peines ne doivent pas être les mêmes chez un peuple barbare et chez un peuple policé, parce que là la crainte est le seul frein des actions, et qu'ici les lumières, la morale et la religion en sont les utiles auxiliaires. En général, c'est par la législation criminelle d'une nation qu'on peut juger du degré de civilisation auquel elle est parvenue, et de la tendance morale de son gouvernement. « Il serait aisé de prouver, dit Montesquieu [1], que dans tous ou presque tous les États de l'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté. » Enfin la civilisation progressive de la société, en adoucissant les mœurs, en amollissant les hommes, les rend plus sensibles aux souffrances de la peine ; les peines peuvent dès lors diminuer à mesure des progrès de l'intelligence et de l'industrie ; la punition reste la même.

La loi du 28 avril 1832 a eu pour but de répondre à ce vœu général. C'est la troisième révolution que notre législation voit s'accomplir dans son sein depuis 1790 ; car nous ne donnerons pas le nom de réforme aux modifications timides que la loi du 25 juin 1824 n'avait introduites qu'avec une espèce de regret. Nous avons à fixer le caractère et l'esprit de cette révision, et les limites dans lesquelles elle s'est exercée.

14. Dirigé par une pensée d'humanité, le législateur de 1832 n'a semblé frappé que de l'échelle pénale ; il a borné sa mission à rétablir plus de proportion entre les peines et les délits. Au lieu de remonter au principe, il s'est contenté d'en corriger les applications ; au lieu de dominer le système de la loi qu'il voulait reviser, il l'a suivi dans ses diverses conséquences : négligeant à peu près le système des incriminations, il lui a suffi de modérer les peines. Cette tâche était peut-être la seule qu'il fût possible d'accomplir à cette époque d'inquiétudes politiques; On doit en recueillir le travail avec re-

1. Esprit des lois, liv. 12.

connaissance; c'est un pas dans une voie progressive, dans une carrière nouvelle. Mais on se tromperait sans doute si on voulait y voir un Code nouveau substitué à l'ancien, le règne d'un autre système, la consécration d'une pensée nouvelle et complète.

Les paroles de l'exposé des motifs, ces paroles qui font partie de la loi elle-même, en révèlent l'esprit et la tendance :

« Sans doute, disait cet exposé, pour préparer et mettre à fin un si important travail, le courage n'aurait manqué ni au Gouvernement ni aux Chambres ; néanmoins on ne saurait se dissimuler qu'en s'imposant la tâche de reviser les 484 articles du Code pénal, et des lois accessoires beaucoup plus nombreuses encore, on risquerait de retarder plus qu'on ne doit des améliorations dont la plupart présentent un caractère d'urgence incontestable. On a préféré pourvoir au plus pressé. C'est aux préparations de la science, aux méditations journalières du Gouvernement et de la magistrature, qu'il faut demander une refonte générale de la législation. Il est beaucoup de besoins auxquels on peut satisfaire dès aujourd'hui, et que le bon sens public a suffisamment mûris pour que l'humanité en tire profit immédiatement. Nous ne nous sommes pas livrés, je le répète, à une révision générale de nos lois pénales, mais nous avons reconnu qu'il était urgent d'effacer de nos Codes des cruautés inutiles. L'humanité les repoussait, et un besoin impérieux de protection pour les intérêts légitimes de la société ne les rendait pas indispensables. Toutefois l'expérience nous a fourni ses utiles renseignements pour nous défendre contre un entraînement généreux, et nous avons procédé avec une prudence qui ne compromet pas le présent, et qui nous permettra d'attendre, sur plusieurs points, les leçons de l'avenir.»

Il nous est impossible de ne pas rappeler également les termes dont s'est servi le rapporteur de la commission de la Chambre des députés : « Votre Commission a jugé utile de déterminer d'abord le véritable caractère de la révision qui vous est proposée : elle est et doit être incomplète. Ce sera notre réponse à ceux qui auraient souhaité une refonte dans nos lois pénales ; ce travail ne serait pas seulement immense, il serait provisoire. Qu'importe que le législateur refasse

avec plus ou moins d'art le système de l'incrimination, quand la pénalité dont il dispose est vicieuse et appelle des changements prochains, mais peu connus encore et peu éprouvés? Ce sera aussi notre réponse à ceux qui auraient souhaité une réforme plus large et plus profonde. Donnons aux châtiments inférieurs plus d'efficacité et d'énergie, avant de renoncer aux peines supérieures. Elevons autour de l'ordre social un rempart nouveau et durable, avant de renverser la vieille barrière qui l'a protégé si longtemps. »

Il était important de constater par les paroles mêmes du législateur le caractère incomplet de la réforme qu'il opérait. Il en résulte, jusqu'à l'évidence, qu'il a limité lui-même sa mission à la correction, à l'atténuation des peines ; il n'a pas voulu toucher aux principes. Les principes et les motifs de l'ancien Code pénal se réfléchissent donc encore sur le nouveau, bien que tempérés dans leur logique application et leur rigueur primitive. Vainement, en effet, on chercherait dans les discours des divers orateurs qui ont expliqué la loi, le principe d'un système nouveau : ce que ses auteurs demandent à la peine, ce n'est pas la réparation morale du délit, c'est d'être préventive, c'est l'intimidation ; la terreur est presque le seul objet de la punition. Ils puisent toujours le droit de punir dans un principe matériel, dans l'utilité sociale, et de même que, dans le système de M. Target, c'est la seule nécessité de la peine qui la rend légitime.

Cependant, on doit le reconnaître en même temps, cette nécessité de la peine n'est plus celle que le despotisme avait pu juger convenable au soutien de son pouvoir ; et de là la différence dans l'évaluation des peines, et la distinction introduite dans quelques incriminations. Celle-ci part du même principe ; mais les mœurs et la liberté en ont restreint une arbitraire application, et elles l'appliquent en général aux véritables besoins de la société. Cette différence entre les deux législations se manifeste surtout dans l'incrimination du complot et de l'attentat.

Au reste, ce qui sépare le nouveau Code du premier, ce qui trace entre eux une large distance, c'est la pensée d'humanité qui a dicté ses modifications : si cette pensée n'a point changé

le principe du Code, si elle s'est bornée à en corriger les applications, elle a imprimé, on ne peut le nier, à ses dispositions un esprit nouveau et que l'interprétation ne saurait négliger; c'est une tendance vers une application moins rigoureuse. Ce sentiment d'humanité n'est point descendu de la théorie ; il est arrivé de plein saut dans les détails pratiques ; on ne s'est point occupé s'il était en harmonie avec les principes ; les principes sont restés debout parce que peut-être ils se trouvaient là : il a paru suffire de leur enlever leurs conséquences les plus acerbes.

Il faut nous résumer : le Code pénal a été rédigé sous l'empire du système utilitaire, et de là l'exagération de ses peines. La révision qu'il a subie n'a eu ni pour but ni pour effet de lui imprimer un nouveau principe, de le placer sous la règle d'un autre système pénal ; mais la conséquence implicite de cette révision a été l'accession secondaire d'un principe moral qui se manifeste par l'atténuation des peines, par une plus juste proportion entre les délits et les châtiments. C'est donc encore dans le principe utilitaire qu'il faut chercher la source des incriminations du Code, mais il faut en tempérer les rigoureuses déductions en les conciliant avec la pensée de moralité qui plane, timide encore, sur ses dispositions. Enfin un sentiment d'humanité y a déposé un germe nouveau. Le principe subsiste, mais presque nominal, et dépouillé de la plus grande partie de son autorité ; la certitude, mais l'atténuation des châtiments, voilà le véritable esprit de la loi nouvelle ; c'est la règle qui doit servir à l'interpréter.

15. La loi du 13 mai 1863 est venue apporter de nouvelles modifications à notre Code : 65 articles ont été rectifiés ou transformés. Ces 65 articles peuvent être divisés en plusieurs séries : les uns ont reçu des incriminations nouvelles ; ce sont les art. 134, 142, 153, 154, 160, 222, 308, 331, 400, 434 et 437. Dans quelques autres les incriminations déjà admises ont été seulement rectifiées : ce sont les art. 155, 161, 174, 177, 179, 223, 228, 309, 310, 311, 345, 405, 408 et 443. Une certaine aggravation est ajoutée aux peines correctionnelles prononcées par le Code dans les art. 57, 58, 164, 224, 225, 228, 230, 330, 423, et 463. La qualification de délit est substituée à celle

de crime, et les faits se trouvent par là déclassés dans les art. 134, 142, 143, 155, 156, 157, 158, 174, 241, 251, 279, 305, 309, 345, 362, 363, 364, 366, 387, 389, 399 et 418. La qualification de crime est, au contraire, substituée à celle de délit dans les art. 178, 309, 331 et 408. Enfin, 12 articles n'ont reçu que des rectifications sans aucune importance, purement matérielles, et qui n'ont pour objet que de les mettre en harmonie avec les articles modifiés : ce sont les art. 132, 133, 138, 140, 160, 238, 319, 320, 333, 382 et 385.

16. Quel a été l'objet de cette loi ; quels sont son esprit et ses tendances ? Voici comment s'exprime à cet égard l'exposé des motifs :

Nous croyons utile de déterminer d'abord le véritable caractère de ce projet de loi : ce n'est pas une réforme du Code pénal ; rien n'est changé dans le système de l'incrimination, ni dans celui de la pénalité. De 45 articles que l'on modifie [1], un seul a quelque chose de fondamental, c'est l'art. 463, sur les circonstances atténuantes ; mais on n'y touche qu'avec beaucoup de réserve dans sa disposition pénale relative aux tribunaux correctionnels. Les autres dispositions ne s'adressent qu'à des articles isolés ou groupés par petites séries, sans portée générale, à des cas particuliers d'incrimination et d'application pénale : on change ici la qualification d'un fait et par suite la peine ; ailleurs on atténue la peine sans déclasser l'infraction ; mais le Code même, ses assises, son ordonnance, ses grandes dispositions ne reçoivent aucune atteinte. Nous avons tenu à le dire en commençant, pour aller au-devant de toute méprise et dissiper les préventions, s'il pouvait en exister. — Ce qu'on a voulu faire est moins considérable et se justifie plus facilement. Il y a dans toute législation pénale un élément variable et progressif, c'est la peine même. L'incrimination ou la détermination de ce qui doit constituer un acte punissable a quelque chose de fixe et d'universel, comme la loi morale révélée par la conscience. La peine, au contraire, change avec le temps et doit changer pour ne pas rester insuffisante ou excessive. C'est ainsi qu'en France et depuis le Code nous avons vu remanier deux fois notre pénalité, en 1824 et en 1832. — Le jugement à porter sur l'insuffisance ou l'excès d'une peine est plus souvent un acte d'observation et d'expérience que d'appréciation morale absolue. On l'a dit avec raison : l'infliction d'une peine même juste n'est légitime que dans la mesure de sa nécessité, nécessité relative et variable comme les intérêts et les besoins de l'ordre

1. Ce nombre s'est élevé à 65 par suite des amendements de la commission du Corps législatif.

social. C'est donc un devoir pour le législateur d'étudier incessamment l'action des lois pénales, pour s'assurer qu'elles ne dépassent pas cette mesure ou qu'elles n'y font point défaut. Quand une peine dépasse la mesure, le législateur est bientôt averti par les résistances pacifiques, mais irrégulières, que l'application de cette peine rencontre. Ce sont des verdicts d'acquittement rendus contre l'évidence, des circonstances aggravantes niées arbitrairement, ou des circonstances atténuantes systématiquement déclarées, dans le but avoué de réduire l'accusation et la peine. Sans doute il ne faut pas se hâter de conclure. Ce pourrait n'être qu'une défaillance passagère ou des faits isolés ; il faut laisser à la loi le bénéfice du temps et d'un retour possible. Mais si la résistance persévère et devient générale, si les magistrats consultés se prononcent dans le même sens, ce qu'il y a de mieux à faire alors, le parti juste et sage, c'est de conformer la disposition pénale aux appréciations de la conscience publique. Elle est un guide qu'on peut suivre dans les questions de cette nature, quand elle a persisté. — A ceux qui penseraient autrement, nous dirions que c'est l'unique moyen de faire cesser un antagonisme fâcheux, et le moyen assuré d'obtenir une répression égale et certaine. — Cet antagonisme a existé assez longtemps sur un grand nombre d'articles du Code. Il ne fut pas étranger à la loi de juin 1824 ; il a été aussi une des causes de la révision de 1832. Son caractère et son étendue se sont heureusement modifiés depuis cette révision ; l'adoucissement de certaines peines et les *circonstances atténuantes* ont fait leur œuvre ; les acquittements arbitraires sont devenus plus rares ; la répression, plus égale et plus ferme. Nous savons que la théorie des circonstances atténuantes a été contestée ; on voulait y voir un danger, les faits ont répondu. Mais, indépendamment des résultats généraux, un rapprochement très significatif montre la sagesse et l'opportunité de cette concession : dans la plupart des cas où les circonstances atténuantes sont déclarées, les Cours d'assises confirment l'appréciation du jury, *en abaissant la peine de deux degrés*. — Toutefois, l'antagonisme persiste sur quelques points.

Le but de la loi est encore expliqué à peu près dans les mêmes termes dans le rapport de la commission du Corps législatif :

Le projet de loi qui vous est soumis modifie les peines édictées par un certain nombre d'articles du Code pénal. Il introduit quelques incriminations nouvelles, apporte, en matière correctionelle, une légère restriction à la faculté illimitée de réduire la peine au moyen de circonstances atténuantes, et fait cesser certaines incertitudes de la jurisprudence. — Il ne pose aucun principe nouveau et ne change rien à ceux qui existent : son but, en élevant ou en abaissant les pénalités selon qu'elles ont paru trop douces ou trop sévères, n'est autre que de rechercher et d'atteindre la mesure exacte du châtiment qu'il convient d'infliger dans l'état actuel de

notre civilisation, afin d'obtenir une répression à la fois juste et efficace.— Chaque jour le temps fait son œuvre, le Code date de 1810, sa dernière révision date de 1832 ; depuis lors des expériences ont été faites, des changements se sont opérés, il faut en tenir compte : alors que tout change et se modifie si rapidement autour de nous, la législation seule ne saurait rester immuable, et les lois pénales sont celles surtout qu'il importe le plus de plier successivement aux amendements que l'observation des faits conseille et que l'autorité de la pratique légitime. Dans cette œuvre de révision, il n'y a rien de systématique ni de radical ; la plupart des dispositions modifiées, n'ayant pas d'enchaînement entre elles, sont prises et appréciées isolément ; enfin, après les avoir parcourues, on arrive à se convaincre, sans regret, qu'elles n'ont qu'une importance relativement secondaire, et il ressort de cette étude consciencieuse et critique, à laquelle le Code s'est trouvé soumis et qui n'a, pour ainsi dire, amené que des améliorations de détail, une consécration nouvelle de notre législation pénale dans ses bases, ses principes et son ensemble.

17. Il faut retenir d'abord cette double déclaration de l'exposé des motifs et du rapport : que le législateur n'a point voulu une réforme du Code pénal, qu'il n'a rien changé ni dans le système de l'incrimination, ni dans celui de la pénalité, qu'il a maintenu ses principes et ses grandes dispositions, qu'il ne s'est proposé que quelques modifications qui n'ont qu'une importance secondaire, quelques rectifications de textes, enfin que son but a été uniquement d'y introduire des améliorations de détail. On ne doit donc point chercher dans la loi un esprit nouveau, elle n'en a pas d'autre que celui du Code; des règles distinctes et spéciales, elle n'en apporte aucune. C'est une révision partielle de quelques articles, une modification plus ou moins grave de quelques dispositions éparses dans la loi pénale, sans qu'on ait prétendu toucher à son système et à ses règles générales.

Quelle est la pensée qui a présidé à cette révision? Ce n'est point sans doute l'idée de réforme et de haute rénovation qui dictait la loi du 28 avril 1832; ce n'est point non plus sans doute un esprit étroit de réaction contre les dispositions bienfaisantes de cette loi. Nous verrons tout à l'heure, en parcourant ses diverses modifications, qu'elles ne sont point en général animées de cette idée ni dirigées vers ce but. Sa tendance toutefois est évidemment répressive. Le législateur a rectifié quelques textes qui lui ont paru trop restreints par la

doctrine et la jurisprudence, il a rempli les lacunes de quelques incriminations qui lui ont paru trop flexibles, il a fortifié quelques pénalités qui lui ont paru affaiblies dans leur application, il a restreint les attributions du jury et le pouvoir d'atténuation pénale du juge. Sa pensée n'a pas, d'ailleurs, franchi le cercle de ces détails, elle ne s'est pas élevée à une vue d'ensemble, elle est demeurée purement rectificative ; mais, dans toutes ses rectifications, il s'est efforcé surtout d'assurer et d'étendre la répression.

Nous ne nous attacherons pas à relever quelques propositions de l'exposé de motifs et du rapport. Il importe peu, par exemple, à la saine application de la loi que la distinction posée entre la pénalité et l'incrimination, pour déclarer l'une variable et l'autre fixe et immobile, soit parfaitement exacte. Il est un grand nombre d'incriminations qui peuvent se modifier avec les faits et les mœurs aussi bien que les degrés de la pénalité. Nul ne soutient d'ailleurs que la loi pénale soit immuable : on a soutenu seulement qu'il n'est pas bon de remanier incessamment ses incriminations et ses châtiments ; que son autorité s'affaiblit à ces changements, parce qu'elle ne paraît plus l'expression d'un droit social aussi inébranlable que la société elle-même, et qu'il faut enfin que la nécessité des modifications soit hautement reconnue pour qu'elle devienne légitime : l'une des critiques les plus graves qu'on puisse adresser à une loi pénale nouvelle, est de contester qu'elle soit absolument indispensable.

Ensuite, lorsque l'exposé des motifs atteste que les regards du législateur se sont jetés sur le Code tout entier, pour étudier son action répressive sur toutes les infractions qu'il prévoit, et lorsque le rapport ajoute que la commission du Corps législatif ne s'est pas crue enchaînée par les articles du projet et qu'elle a continué l'enquête que ce projet avait commencée, on peut se demander pourquoi cette révision, si le moment d'y procéder était venu, n'a pas porté sur des points plus importants. Tous les criminalistes ont signalé, en dehors même des incriminations dont la formule trop absolue appelle d'équitables distinctions, de graves lacunes dans notre Code : c'est d'abord le mode d'exécution des peines qui doit être

réglé par la loi et dont l'organisation doit constituer un régime pénitentiaire de plus en plus nécessaire, puisque le rapport proclame l'augmentation du chiffre des récidives; c'est la surveillance de la police, qui, telle qu'elle est instituée, est devenue l'une des sources les plus actives de ces récidives [1]; c'est l'imputabilité que notre Code n'a réglée en matière de tentative, en matière de complicité, dans le cas de contrainte et de démence, enfin dans tous les cas d'excuse légale, que dans des termes à la fois incomplets et trop absolus; c'est enfin toute la série des actes arbitraires et des excès de pouvoir, dont la répression n'est point en harmonie avec les autres parties de notre législation. Il nous suffit d'indiquer ces points de vue, sur lesquels nous ne voulons point insister ici.

18. Parmi toutes ces modifications, l'une des plus importantes est celle qui correctionnalise vingt-deux faits, qualifiés crimes par le Code et que la loi nouvelle proclame simples délits. Il est quelques observations générales qui s'appliquent à ces 22 articles modifiés, et qui doivent prendre place ici. On lit dans l'exposé des motifs :

Les résistances du jury portent principalement sur des infractions qualifiées crimes, mais dont la nature les rapproche beaucoup des simples délits. On peut dire même de quelques-uns que leur gravité morale est inférieure, qu'elles supposent dans l'agent une moindre perversité, qu'elles sont pour l'ordre social un moindre péril. Il a paru que leur déclassement, juste en soi, tournerait aussi à l'avantage de la répression. On a donc résolu de les faire descendre dans la classe des délits, en substituant des peines correctionnelles aux peines criminelles inférieures dont elles sont passibles dans l'état présent. C'est un des objets du projet de loi. Ces peines criminelles sont : la dégradation civique, le bannissement et la réclusion. Pour conserver une gradation parallèle et les rapports établis par le Code dans la pénalité, il devenait indispensable de ne pas varier dans la *mesure* des peines correctionnelles destinées à les remplacer. Voici la règle qu'on s'est faite : la peine de la reclusion serait invariablement remplacée par un emprisonnement de deux à cinq ans, qui est la plus forte peine correctionnelle; celle du bannissement, par un emprisonnement d'un an à quatre ans, et celle de la dégradation civique, par un emprisonnement de six mois à trois ans. L'amende, selon les cas, la *surveillance* et l'*interdiction*, presque toujours facultatives ou obligées

1. * * La surveillance de la haute police a été abolie par la loi du 27 mai 1885.

viendraient s'ajouter à l'emprisonnement, de manière à garantir une répression suffisante, et à conserver autant que possible les rapports actuels entre les peines d'une même série. Si nous insistons sur ce dernier point, ce n'est pas dans un intérêt de symétrie, mais de codification et de justice. Les articles modifiés font partie de sections dont chacune règle la pénalité de toute une *série* d'infractions, qui sont de même nature, mais de valeur inégale. Cette inégalité ne tient souvent qu'à des circonstances accessoires de lieu, de temps, de qualités, de nombre, etc. Il tombe sous le sens que le législateur a dû mettre un soin extrême à graduer les peines selon les circonstances. Sans doute cette loi de gradation, qui est fondamentale, doit agir dans toute l'étendue du Code. Mais il convenait qu'elle fût plus religieusement gardée dans l'intérieur de chaque section, où sa violation, rendue plus manifeste par le rapprochement, blesserait davantage le sentiment de la justice. Il est donc arrivé quelquefois que la modification d'une disposition principale a entraîné, par voie de suite, celle de dispositions secondaires, qu'on a dû réduire, par exemple, la durée d'une peine correctionnelle, quand la peine voisine, afflictive et infamante, était *correctionnalisée*. N'oublions pas de dire que, dans tous les cas où la modification de la peine emporte le déclassement d'un crime, une disposition spéciale assimile la *tentative* au délit consommé.

L'exposé ajoute en terminant :

Nous devons aussi rassurer quelques esprits préoccupés d'une autre crainte. Ceux-là se sont demandé quelles seraient les conséquences du déclassement de certains crimes par rapport au nombre des accusés traduits annuellement devant les Cours d'assises, si ce nombre ne serait pas sensiblement diminué, s'il ne résulterait pas de cette diminution un amoindrissement du jury même. Nous pouvons donner l'assurance que ces craintes n'ont aucun fondement : le nombre des accusés distraits de la Cour d'assises par les déclassements proposés ne serait pas *d'un sur soixante*. Loin de tendre à diminuer l'institution du jury, le projet de loi la grandit plutôt, car il procède de cette pensée que les verdicts du jury manifestent la conscience publique.

Vingt-deux faits qualifiés crimes ont été correctionnalisés. Deux de ces transformations, qui ne sont d'ailleurs que d'équitables distinctions introduites dans des incriminations trop absolues, étaient sollicitées par la doctrine : c'est le fait de colorer des monnaies de billon (art. 134) et le fait de suppression d'enfant quand l'enfant n'a pas vécu (art. 345). Parmi les autres, quelques-uns n'ont aucune importance réelle, ce sont les faits de fabrication et d'usage de faux

passe-ports, feuilles de route et certificats (art. 155, 156, 157, 158, 160), les actes de complicité d'évasion (art. 241), les menaces (art. 305), la fabrication de fausses clefs (art. 399). Mais il en est quelques-uns qui ont pour objet des faits d'une incontestable gravité : ce sont les contrefaçons et l'usage des marques et sceaux du Gouvernement (art. 142 et 143), les concussions inférieures à 300 francs (art. 174), les coups et violences portés à un magistrat à l'audience (art. 228), les violences commises par des mendiants ou vagabonds (art. 279), les coups et blessures qui ont occasionné une incapacité de travail de plus de 20 jours (art. 309), les faux témoignages en matière correctionnelle, civile et de police (art. 362, 363, 364, 366), les vols commis par les voituriers et bateliers (art. 387), enfin les bris de scellés (art. 251), les déplacements de bornes (art. 389), les révélations à l'étranger des secrets de nos fabriques (art. 418).

Les motifs de la qualification nouvelle assignée à ces différents faits, déjà indiqués dans l'exposé, se trouvent exprimés avec plus de netteté dans le rapport de M. le garde des sceaux qui précède le compte de la justice criminelle de 1861 :

« Les statistiques démontrent jusqu'à l'évidence que le jury fait preuve systématiquement d'une grande indulgence envers les accusés de certains crimes, qui, lorsqu'ils sont reconnus coupables, sont presque toujours punis de peines correctionnelles. Ces résultats devaient appeler mon attention toute spéciale, ils prouvent qu'aux yeux du jury, ces faits délictueux auraient perdu le caractère de crimes et mériteraient d'être classés parmi les simples délits. Pour répondre à ces indications, dont l'importance ne pouvait être plus longtemps méconnue, puisque les jurés sont légalement les appréciateurs les plus éclairés de chaque inculpation, j'ai fait préparer un projet de loi en vertu duquel la juridiction correctionnelle est substituée, pour la connaissance de ces crimes, à celle des Cours d'assises. La répression sera ainsi plus indulgente et plus rapide. Un tableau, dans lequel sont relevés, pour les cinq dernières années, tous les crimes qui perdaient leur caractère pénal, montre qu'à l'exception des coups et blessures suivis d'incapacité de travail pendant plus de vingt jours, ces actes sont très peu fréquents ; quelques-uns même ne se sont pas présentés une seule fois de 1857 à 1861. Il résulte des trois dernières colonnes de ce tableau que, sur 100 accusés reconnus coupables par le jury des faits compris dans l'accusation, 21 seulement (un cinquième) ont été condamnés à des peines afflictives et infamantes. Quant aux 79 autres, à l'égard desquels le jury a déclaré qu'il existait des circonstances atténuantes, si on les envi-

sage au point de vue de la nature des crimes, on voit que les circonstances atténuantes ont été admises : — pour tous les accusés de menaces et de contrefaçon de sceaux ; — pour les quatre cinquièmes des accusés de coups et blessures suivis d'incapacité de travail de plus de vingt jours, et pour les deux tiers des accusés de violences commises en état de vagabondage ou de mendicité. On voit, en outre, que les magistrats se sont associés à l'indulgence du jury dans une large mesure, car ils ont abaissé la peine de deux dégrés pour tous les accusés de menaces, et ils l'ont atténuée, autant que l'art. 463 le leur permettait, pour un tiers des accusés de contrefaçon de sceaux. L'adoption du projet de loi répondrait donc parfaitement aux vœux du jury. »

Nous avons apprécié ailleurs la valeur juridique de ces considérations [1], et nous n'avons aucune intention de reproduire des observations qui seraient ici sans objet. Nous avons également examiné s'il est conforme aux principes de notre législation d'enlever au jury une partie de ses attributions pour les transférer à la juridiction de police correctionnelle, juridiction d'exception destinée au jugement des infractions secondaires qui n'apportent qu'un trouble minime à l'ordre [2]. Nous n'insisterons pas ici sur ces deux points ; notre but est uniquement de préparer et de faciliter une saine application de la loi.

19. Nous arrivons maintenant à l'art. 1er du Code pénal, et les réflexions qui précèdent, vont déjà nous aider à en saisir le véritable sens. On a adressé de graves reproches à la définition qu'il renferme ; quelques publicistes y ont vu l'expression de tout un système, système insultant pour l'intelligence et la conscience de l'homme. Il faut en rappeler le texte.

« Art. 1er. L'infraction que les lois punissent des peines de police est une *contravention* ; l'infraction que les lois punissent des peines correctionnelles est un *délit ;* l'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un *crime.* »

Un publiciste a écrit à ce sujet : « La division des actes punissables en crimes, délits et contraventions, division tirée

1. *Revue critique de législation*, t. VII, p. 527, et t. 20, p. 97.

2. *Revue critique de législation*, *iisdem locis*, et *Traité de l'instruct. crim.*, t. 6, p. 521.

du fait matériel et arbitraire de la peine, révèle à elle seule, ce nous semble, l'esprit du Code et du législateur. C'est dire au public : ne vous embarrassez pas d'examiner la nature intrinsèque des actions humaines, regardez le pouvoir, fait-il couper la tête à un homme, concluez-en que cet homme est un grand scélérat. Il y a là un tel mépris de l'espèce humaine, une telle prétention au despotisme en tout, même en morale, qu'on pourrait, sans trop hasarder, juger de l'esprit du Code entier par la lecture de l'art. 1er[1]. »

Il nous est impossible de ne pas trouver quelque exagération dans ces réflexions. Il n'est pas besoin d'une étude bien approfondie du Code pénal pour se convaincre que la division dont il s'agit est d'ordre plutôt que de principe. En effet, les définitions qu'il pose, il ne tarde pas à les mettre lui-même bientôt de côté. C'est ainsi que nous pourrions citer un grand nombre de faits, tels que les associations non autorisées, les infractions aux règles sur les inhumations, les maisons de jeu, qui n'ont évidemment que le caractère des contraventions, quoiqu'ils soient classés parmi les délits. Assurément le législateur n'a point prétendu imprimer à ces infractions le caractère moral du délit, rien ne peut même faire supposer qu'il en ait eu la pensée; ce qu'il a voulu, c'est poser, ainsi qu'on l'a déjà dit, une règle d'ordre, un principe générateur de la compétence. Ecoutez M. Treilhard : « Le premier de ces articles définit les expressions de crime, délit, contravention, trop souvent confondus et employés indifféremment. Désormais, le mot *crime* désignera les attentats contre la société, *qui doivent occuper les cours criminelles;* le mot *délit* sera affecté aux désordres moins graves, *qui sont du ressort de la police correctionnelle*; enfin le mot *contravention* s'appliquera aux fautes *contre la simple police.* »

La définition de l'art. 1er a donc eu pour seul but d'indiquer la compétence d'après la nature de la peine à laquelle l'accusation peut donner lieu; c'est là le seul principe qu'il ait voulu poser, c'est une méthode, une règle d'application; ce n'est point une théorie.

1. M. Rossi, traité du droit pénal, t. 1, p. 54.

Si l'on jette un coup d'œil sur la législation générale, cette explication revêtira le caractère de la certitude. En effet, les contraventions en matière de presse, de librairie, d'impôts indirects, d'eaux et forêts, sont exclusivement attribuées à la juridiction correctionnelle, et cependant le législateur a-t-il voulu élever ces contraventions au rang des délits? Loin de là, il les proclame lui-même des contraventions matérielles. Par le mot *délit*, dans l'art. 1er du Code pénal, le législateur n'a donc point entendu un délit exclusivement moral, mais un fait passible d'une peine que les tribunaux correctionnels seuls peuvent prononcer. Il y a donc, à côté des crimes qui sont les faits punis d'une peine afflictive ou infamante, et des contraventions de police, deux classes de délits : les délits moraux, dont l'intention coupable est l'un des éléments, et les délits matériels qui sont punis, indépendamment de toute intention coupable, de peines correctionnelles [1].

Il ne faut donc pas légèrement flétrir une législation sur la foi de quelques-uns de ses termes, et, en adoptant même l'idée hypothétique que nous avons rappelée, faudrait-il en tirer les conséquences qu'on en a déduites? Sans doute le législateur ne doit pas puiser le caractère du fait dans la mesure arbitraire et matérielle de la peine; mais ne peut-il pas commencer par mesurer cette peine sur la valeur intrinsèque des actions? Ne lui serait-il pas permis alors de la prendre pour base de ses divisions? Et comment, dans ce cas, pourriez-vous juger, à l'ouverture du Code et sur cette simple division, de l'esprit du Code entier?

20. Cependant la division des actions tracée par l'art. 1er n'est pas à l'abri de toute critique.

Parmi les actions punissables, il n'existe qu'une seule division qui soit vraie, parce qu'elle est puisée dans leur nature.

1. * * Nous ne croyons pas que cette distinction entre deux espèces de délits, les uns moraux et les autres matériels, soit conforme à la théorie du Code; nous avons toujours combattu l'existence des délits contraventionnels, dont plusieurs criminalistes ont voulu faire une catégorie à part, et les plus récents arrêts de la Cour suprême ont consacré, à cet égard, l'opinion que nous avions constamment soutenue (V. Cass., 14 avril 1883 et 23 février 1884; S. 85, 1, 401; 86, 1, 233, et nos notes sous ces arrêts).

En effet, les unes prennent leur criminalité dans la moralité du fait, dans l'intention de l'agent; on les appelle crimes ou délits. Les autres ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou à des prescriptions de la loi; elles existent par le seul fait de la perpétration ou de l'omission, et indépendamment de l'intention de l'agent : ce sont les contraventions. Voilà la division la plus naturelle des actions punissables; elle est à l'abri de l'arbitraire et du caprice des législateurs, car les législateurs ne sauraient modifier le caractère des faits.

On la retrouve à peu près dans plusieurs codes étrangers. Nous citerons le Code pénal d'Autriche, qui ne divise les offenses qu'en deux classes, les *délits* et les *graves infractions de police*. Nous citerons encore le projet de code pénal de la Louisiane, de M. Livingston, qui a adopté une division à peu près semblable ; il sépare les offenses en deux catégories, les crimes et les infractions [1].

Le droit romain avait divisé les crimes en capitaux et non capitaux [2]. De là les divisions proposées, par les anciens criminalistes, en *atroces* et *légers*, *simples* et *qualifiés*, *directs* et *indirects* [3]. De là la division du Code pénal en crimes et délits. Le premier inconvénient de cette classification, c'est d'être évidemment arbitraire ; car qui posera la borne où cesse le délit, où commence le crime ? Quelle est la circonstance qui ôtera subitement ou restituera à un fait le caractère de crime ? Les faits qualifiés crimes ou délits étant de la même nature, reposant également sur une infraction morale, il ne s'agit que du plus ou du moins, que d'un degré dans le péril de l'action ou son immoralité. Nous eussions préféré la dénomination de délits *graves* ou *légers;* au moins le genre est le même, la spécification seule les distingue.

S'il fallait une preuve du caractère identique qui lie ensemble les crimes et les délits, nous la trouverions dans ce

1. By the first division, all offences are either crimes or misdemeanors, art. 76. Code of crimes and punishments.

2. § 2, Institut. de publ. jud.; l. 2, ff. eod. tit.

3. Muyart de Vouglans, tit. 1, par. 12.

fait que le législateur n'a pu les classer dans deux livres distincts, comme il l'a fait à l'égard des contraventions. Le Code pénal de 1791 avait tenté cette division ; elle était impossible. Un fait parfaitement identique, s'il est considéré sans acception de personnes, peut changer de classe selon, par exemple, qu'il a été commis par un fonctionnaire public ou par un simple particulier, ou selon qu'il a été commis contre des magistrats ou d'autres personnes. Comment disséminer dans différents titres des faits de même nature quoique d'une intensité différente ? Pourquoi le même chapitre n'embrasserait-il pas le faux commis dans un testament et celui commis dans un passeport ? Ce qu'il importe, c'est que les infractions soient punies en raison de leur gravité ; mais il est utile qu'on puisse embrasser du même coup d'œil tous les délits de la même nature. Le Code pénal n'a donc fait que céder à la force des choses en réunissant des faits dont les rapports étaient visibles, et qui tendaient à se confondre. Son tort a été d'essayer d'élever entre les mêmes faits une barrière factice qui n'a d'autre fondement qu'une arbitraire volonté.

21. L'art. 1er du Code pénal a une assez grande importance dans l'application, par cela même qu'il détermine le caractère du fait d'après la nature de la peine infligée. Il en résulte cette heureuse conséquence que les faits poursuivis prennent leur véritable caractère dans la condamnation dont ils sont l'objet : ainsi le fait que le ministère public poursuit comme crime ou comme délit, et qui est reconnu aux débats n'avoir d'autre caractère que celui d'un délit ou d'une contravention, est considéré comme n'ayant jamais eu que ce dernier caractère ; ce principe a reçu une féconde application dans les matières de récidive, de prescription, ou d'excuse à raison de l'âge.

Un autre corollaire du même principe, c'est qu'aucune action ne peut être poursuivie si elle n'a pas les caractères d'un crime, d'un délit ou d'une contravention. Nous aurons plus d'une occasion d'appliquer cette règle élémentaire, qui va d'ailleurs recevoir son développement dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III.

DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE.

22. La loi pénale n'est exécutoire que du jour où elle a été connue.
23. Application de ce principe dans l'art. 4, C. pén. Espèces dans lesquelles il a été appliqué.
24. La loi pénale ne peut être étendue par voie d'interprétation au delà de ses termes.
25. Règles d'interprétation de la loi pénale.
26. S'il est permis de correctionnaliser les crimes en écartant pendant l'instruction leurs circonstances aggravantes.
27. Exception au principe de la non-rétroactivité. Première exception, quand la loi nouvelle est plus favorable. Législation sur ce point.
28. Arrêts qui ont appliqué cette exception.
29. Quelle loi est applicable quand la loi nouvelle abaisse le maximum et élève le minimum de la peine.
30. Deuxième exception au principe de la non-rétroactivité. Lois de procédure, d'organisation judiciaire et de compétence.
31. Application de cette exception aux lois de procédure et d'instruction.
32. Application aux lois qui modifient la composition des tribunaux.
33. Application aux lois de compétence.
34. Distinction établie par la jurisprudence à l'égard des procès commencés au moment de la promulgation de la loi nouvelle.

---

22. Nous continuons l'examen des dispositions préliminaires du Code.

Il est de principe que la loi n'est exécutoire que du jour où la promulgation est réputée connue [1]; cette règle qui, dans la législation actuelle, ne reçoit qu'une insuffisante application [2], est en elle-même hors de toute atteinte. Or, sa con-

1. Art. 1er du Code civil.
2. Ordonn. du 27 nov. 1816.

séquence nécessaire est que la loi ne peut avoir d'effet rétroactif; c'est la disposition textuelle de l'art. 2 du Code Napoléon : « Si les lois pouvaient rétroagir, a dit M. Toullier [1], il n'y aurait plus ni sûreté ni liberté. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne défend pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Il est impossible aux citoyens de prévoir qu'une action innocente aujourd'hui sera défendue demain. »

23. Tel est aussi le principe que le Code pénal a consacré par son article 4, ainsi conçu : « Nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis, »

Ainsi un fait, quelque répréhensible qu'il soit, ne peut être qualifié crime, délit ou contravention, et puni d'une peine quelconque, s'il n'était pas expressément prévu par une loi en vigueur au moment où il a été commis, et si cette loi ne portait pas la peine qui a été appliquée. Cette règle, déjà consacrée par de nombreux arrêts [2], l'a été en dernier lieu dans deux espèces qu'il est important de noter. La loi du 13 mai 1863 a ajouté aux contrats dont l'art. 408 punit la violation le contrat de prêt à usage ; or, dans une espèce où un acte de bail avait été confié à un tiers, à la charge de le rendre après en avoir fait un usage déterminé, celui-ci, l'ayant détourné, fut condamné pour abus de confiance, bien que le fait fût antérieur à la promulgation de la loi. Cette condamnation a été cassée : « Attendu que si, dans le fait incriminé, on peut rencontrer la violation du contrat de prêt à usage, cette variété du délit d'abus de confiance n'étant pas prévue par l'ancien art. 408 et n'ayant été introduite dans le Code pénal que par la loi du 13 mai 1863, il faudrait, pour que cette loi fût applicable à l'espèce, que le fait eût été commis postérieurement à la promulgation de cette loi [3]. » Dans la deuxième espèce, la question était plus délicate ;

1. Droit civil français, t. 1, p. 76.

2. Cass., 23 oct. 1812, bull. n. 220 ; 10 fév. 1813, n. 32 ; 25 janv. 1816 n. 4 ; 20 sept. 1832, n. 362 ; 17 déc. 1836, n. 302.

3. Cass., 3 juin 1864, bull. n. 140.

la loi du 13 mai 1863 a incriminé la tentative d'escroquerie, lors même qu'elle n'a pas obtenu la remise de la chose. Ainsi, cette loi ne faisait que développer une incrimination déjà existante, en supprimant seulement une condition élémentaire de cette première incrimination. Cette sorte d'interprétation législative pouvait-elle rétroagir? Non, le principe de la non-rétroactivité s'étend à toutes les modifications de la loi pénale, et la Cour de cassation a jugé qu'une tentative d'escroquerie non suivie de remise d'effets n'était pas punissable « lorsque le fait a été accompli avant la promulgation de la loi du 13 mai 1863, et sous l'empire du Code pénal de 1810 qui, pour que la tentative d'escroquerie existât légalement, exigeait qu'il y eût remise ou délivrance des fonds ou obligations qui en étaient l'objet[1]. »

24. « L'art. 4, disait M. Treilhard, retrace une maxime que l'on peut regarder comme la plus forte garantie de la tranquillité des citoyens. Un citoyen ne peut être puni que d'une peine légale; il ne doit pas être laissé dans l'incertitude sur ce qui est ou n'est pas punissable; il ne peut être poursuivi pour un acte qu'il a pu, de bonne foi, supposer au moins indifférent, puisque la loi n'y attachait aucune peine. » Voilà l'esprit de l'article. On doit en déduire cette règle tutélaire qu'aucune condamnation ne peut être prononcée, aucune peine infligée, si elle ne s'appuie sur un texte précis de la loi. Il faut même que ce texte soit clair, transparent, de sorte que le citoyen le moins instruit puisse en saisir la prescription. Car s'il n'a pu comprendre la défense, comment avec justice pourriez-vous lui appliquer la peine? Si la prohibition était environnée d'ambiguïtés, où serait sa faute de ne l'avoir pas aperçue?

On doit donc surtout rejeter sans hésitation, en matière pénale, ces interprétations tirées soit d'analogies plus ou moins exactes, soit de rapprochements, soit de déductions plus ou moins ingénieuses; on doit répudier l'application de ces lois pénales, dont l'existence est une question parmi les jurisconsultes, à demi vivantes, à demi abrogées par les lois

1. Cass., 15 juillet 1864, bull. n. 186.

postérieures ou par désuétude. Comment le délinquant aurait-il connu la peine lorsque les criminalistes eux-mêmes en controversent la vitalité? Les citoyens seront-ils punis pour avoir embrassé telle face de cette controverse? Seront-ils astreints à parcourir toutes les séries du *Bulletin des lois*, pour s'assurer quelles dispositions sont éteintes, quelles dispositions peuvent se rallumer au flambeau de l'interprétation? Cette tâche et cette étude appartiennent aux jurisconsultes; elles ne doivent pas être imposées aux citoyens. Les devoirs que le législateur prescrit doivent être tracés avec clarté par des lois vivantes, dans des textes précis et accessibles à tous les esprits. Toute incertitude sur la force obligatoire de la loi pénale, toute ambiguité dans ses dispositions doivent se résoudre en faveur du prévenu, car une prohibition indécise et douteuse n'est point une raison suffisante de s'abstenir. C'est au législateur à se faire comprendre, s'il veut être obéi.

25. Il parait utile d'insister sur cette règle fondamentale, qui sera souvent invoquée dans le cours de ce livre. Toute la loi pénale est composée de prohibitions et de préceptes: le législateur, au lieu de se borner, comme dans la loi civile, à apprécier les rapports des citoyens entre eux, prévoit leurs rapports avec la société, avec l'État; il apprécie leurs actes; il définit ceux qu'il considère comme illicites et dangereux; il les défend et les punit. Or n'est-il pas de la nature de toute défense de se renfermer strictement dans ses termes? Est-ce que, à la limite où elle expire, il n'y a pas un droit qui commence? Il importe peu que l'acte commis sur cette limite participe, sous quelque rapport, de l'acte prohibé; il n'est pas défendu de se placer hors des termes précis de la prohibition en évitant l'une des circonstances qui la rendent applicable: *Non omne quod licet honestum est, licet tamen.* Tout acte qui n'est pas formellement interdit est nécessairement permis. Là où s'arrêtent la sollicitude et la prévoyance de la loi, il y a lieu de présumer que là s'arrête le péril social, et qu'en exagérant par zèle le péril social, on tomberait dans un autre péril. La loi pénale, nous l'avons déjà dit, ne punit pas tous les faits immoraux; elle ne frappe que ceux qui peuvent

causer un trouble social ou constituer une atteinte grave à la sécurité publique. En allant plus loin, en incriminant l'immoralité dans tous les actes où elle se révèle, elle jetterait la perturbation dans la société au lieu de la servir, car elle paralyserait toutes les transactions civiles et toutes les relations sociales.

Ensuite, ce n'est pas seulement à raison de son caractère prohibitif, à raison de sa compétence exclusive pour poser l'utilité sociale de la peine, que la loi pénale ne peut être étendue au delà de ses termes ; c'est encore parce qu'elle crée des devoirs et des obligations : chacun de ces préceptes est une règle de conduite pour les citoyens ; ils y trouvent la distinction des actes licites et de ceux qui ne le sont pas ; ils sont tenus de conformer leurs actions à ses dispositions. Or cette obligation ne suppose-t-elle pas un texte clair et précis ? Comment seraient-ils liés par une prohibition qui ne s'expliquerait pas nettement ? Comment seraient-ils tenus de s'abstenir d'un acte qui ne serait ni défini ni déterminé ? Comment seraient-ils punis à raison d'un fait qu'ils ont pu croire légitime ? Il ne faut pas confondre les devoirs qui dérivent de la conscience et ceux qui dérivent de la loi : ceux-ci, ayant la loi pour unique fondement, sont étroitement enfermés dans les textes qui les établissent : en dehors de ces textes, ils n'ont plus d'appui, ils n'existent pas.

Il est donc impossible de suppléer à la loi pénale comme à la loi civile, à l'aide de l'équité et de l'usage, à l'aide des analogies et des inductions. Ici tout est de droit strict : la prohibition existe ou n'existe pas, l'acte est défendu ou ne l'est pas. Si la loi est muette ou ambiguë, comment suppléer à son texte par une interprétation scientifique ? Cette interprétation peut-elle compléter une lacune de la loi, quand il s'agit d'apprécier les actes que la société a intérêt à punir ? Et puis, si les citoyens ont l'obligation de connaître la loi, ils n'ont pas celle de l'étudier comme des légistes, ils ne sont pas tenus d'en commenter les termes, d'en comparer les dispositions diverses, d'en rechercher péniblement l'esprit pour découvrir la règle de leur action. Toute interprétation, qui n'est pas claire aux yeux de tous, doit être rejetée ; car, en matière pénale, ce

n'est pas, à proprement parler, le juge qui doit interpréter, c'est le justiciable qui doit régler ses actes sur les textes de la loi. Si la loi contient une lacune, comment serait-il coupable de n'avoir pas vu ce qui n'y était pas [1] ?

26. Il est une autre question d'application que soulèvent l'exposé et le rapport de la loi du 13 mai 1863 et qui doit nous arrêter un moment. Après avoir parlé de quelques acquittements prononcés par le jury sur des faits que la loi nouvelle a correctionnalisés, l'exposé des motifs ajoute : « C'est venu à ce point que, dans plus d'un ressort, quand il s'agit d'affaires de cette nature, on écarte à dessein les circonstances aggravantes pour saisir les tribunaux correctionnels avec une apparence de régularité. » Le rapport ajoute : « Ce mal en a produit un autre, le plus grand de tous, quand il se produit dans le domaine de la justice, l'arbitraire. Pour éviter des acquittements regrettables, les magistrats ont été insensiblement conduits à rechercher les moyens de soustraire à la compétence des Cours d'assises les crimes que le jury regarde comme au-dessous d'une juridiction aussi solennelle, et c'est ainsi que l'on a vu se glisser et grandir un abus juridique qui consiste à dissimuler quelques-unes des circonstances aggravantes constitutives du crime [2]. » Que le législateur se soit ému d'un pareil abus et le réprouve, on le comprend facilement ; mais on ne comprend pas comment il y voit l'indice de la nécessité d'une modification pénale : une pratique arbitraire ne peut devenir un élément sérieux d'une réforme de la loi. Il suffirait donc, si l'on suivait cette pente, que la correctionnalisation des crimes se généralisât pour que la loi dût se hâter d'en transporter le jugement aux juges correctionnels.

Nous avons tracé ailleurs les devoirs du juge d'instruction et les règles qu'il doit observer dans l'exercice de ses fonctions. L'une de ces règles est l'obligation de constater et de qualifier les faits tels qu'ils résultent de l'information : rien de plus ; au delà, il usurpe un pouvoir qui n'est plus le sien, il

1. Traité de l'instr. crim., t. 4, n. 1649 et s.

2. V. le développement de ce principe dans la *Revue de législation*. 1854 t. 1, p. 97.

juge les faits, tandis qu'il ne peut que les constater. Il ne doit pas se préoccuper des conséquences de sa constatation, elles sont réglées par la loi qui, suivant le caractère de chaque fait, a indiqué la juridiction qui doit en connaître. Lui appartient-il de modifier mensongèrement ce caractère pour changer cette juridiction ? A-t-il le droit d'enlever un prévenu à ses juges naturels et de le transporter devant un juge d'exception ? Peut-il substituer sa volonté à la volonté de la loi qui a réglé les compétences sur la nature des faits ? Et pourquoi cette substitution d'une juridiction à une autre ? Parce que, dit-on, les circonstances qui fondent la qualification du crime seront écartées par le jury ; mais quand cela serait, est-ce qu'il est possible de dépouiller le jury d'une attribution légale, à raison de l'usage qu'il en fera ? Est-ce qu'il est possible de désigner ou d'écarter un juge en vue du jugement que l'on suppose qu'il rendra ? Le rapport condamne une telle pratique parce qu'elle est arbitraire ; il faut la condamner surtout parce qu'elle constitue un exès et un abus de pouvoir, parce qu'elle est à la fois une violation de la loi et une violation des droits de la défense. On a cru, à la vérité, abréger par là la durée des détentions préventives ; on y est arrivé en effet quelquefois en mettant ainsi de côté les garanties les plus efficaces de la procédure. Mais on s'est trompé quelquefois aussi, car il est arrivé que les juges du tribunal correctionnel, plus scrupuleux que l'instruction, à la vue des circonstances aggravantes que le débat fait reparaître, se déclarent incompétents, et de là des conflits qu'il faut résoudre par voie de règlement de juges, et qui prolongent indéfiniment la détention.

Les question semble au surplus aujourd'hui définitivement jugée. « Il n'est pas bon, dit l'exposé des motifs, que l'ordre des compétences et des juridictions soit arbitrairement dérangé ; s'il y a quelque chose à faire, ce doit être fait par la loi. » Le rapport ajoute : « Cette pratique, suggérée sans doute par des intentions louables, avait de graves inconvénients : il importe que le juge ne puisse jamais se placer au-dessus de la loi. » C'est en conséquence pour la faire cesser que la loi, déclassant quelques incriminations, celles où cette pratique avait été le plus appliquée, a fait à leur égard ce que fai-

sait le juge et a substitué à la qualification de crime celle de simple délit. Le législateur a déclaré qu'il n'appartenait qu'à la loi de faire ce déclassement, et il l'a fait, Que faut-il conclure ? Évidemment que, là où il ne l'a pas fait, il n'est plus permis de le faire ; qu'en changeant les qualifications qui lui ont paru devoir être changées, il a voulu maintenir les autres ; qu'en faisant la part d'une pratique abusive, quoique animée de louables intentions, il a voulu en définitive qu'elle cessât d'être appliquée. C'est là la leçon qui ressort clairement des motifs de la loi.

27. Le principe conservateur de la non-rétroactivité reçoit deux exceptions que les lois et la jurisprudence ont introduites.

La première est favorable aux prévenus. Elle permet à la loi pénale, nouvellement promulguée, de se retourner en arrière et de saisir les prévenus de faits commis avant sa promulgation, dans le cas où les peines qu'elle porte seraient plus douces que les anciennes. La théorie de cette exception s'explique aisément : lorsque le pouvoir social juge que les peines dont la loi est armée sont trop sévères, lorsqu'il pense que la conservation de l'ordre social n'est pas intéressée à les maintenir, lorsqu'il désarme en un mot, il ne pourrait, sans une étrange inconséquence, continuer à appliquer, même à des faits antérieurs à ses nouvelles prescriptions, mais non encore jugés, des peines qu'il proclame lui-même inutiles et trop rigoureuses. Ce n'est donc pas une sorte de faveur, comme quelques écrivains l'ont dit, mais un strict principe de justice qui justifie cette exception ; car il serait d'une souveraine injustice d'appliquer des peines qu'au même instant on déclare surabondantes ou d'une sévérité excessive.

On trouve les premières traces de cette règle dans le dernier article du Code pénal de 1791 : d'après cette disposition, tout fait antérieur à la publication de ce Code ne pouvait donner lieu à aucune poursuite, si le fait qualifié crime par la loi ancienne ne l'était pas par la loi nouvelle, ou s'il se trouvait pour la première fois incriminé par cette dernière loi [1].

1. Voici le texte de cet article : « Pour tout fait antérieur à la publica-
« tion du présent Code, si le fait est qualifié crime par les lois actuellement

Le Conseil d'État recueillit ce germe dans un avis du 29 prairial an VII. Il s'agissait de savoir si les délits prévus par la loi du 29 nivôse an VII, non encore jugés, mais commis pendant l'existênce de cette loi alors abrogée, devaient subir les peines qu'elle prononçait, ou celles plus douces du Code pénal. Le Conseil d'État décida que le Code pénal était seul applicable, parce que « il est de principe, en matière criminelle, « qu il faut toujours adopter l'opinion la plus favorable à l'hu- « manité comme à l'innocence. »

On retrouve plus tard ce principe dans un arrêté de la consulte extraordinaire des États-Romains, du 19 juillet 1809, portant, article 3 : « Pour tout fait antérieur à la publication du présent arrêté, on appliquera, au cas de condamnation, celle des deux lois, ancienne ou nouvelle, qui sera la plus favorable au prévenu. »

Enfin le décret du 23 juillet 1810, relatif à la publication des codes criminels, le formula avec non moins d'énergie en ces termes : « Si la nature de la peine prononcée par notre nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code actuel, les cours et tribunaux appliqueront les peines du nouveau Code. »

On trouve encore le même principe dans le Code de justice militaire du 4 août 1857 et dans le Code de l'armée de mer du 4 juin 1858. L'art. 276 du premier de ces Codes, reproduit par l'art. 376 du second, est ainsi conçu : « lorsque les peines déterminées par le présent Code sont moins rigoureuses que celles portées par les lois antérieures, elles sont appliquées aux crimes et délits non encore jugés au moment de sa promulgation. »

28. Voilà la législation. De nombreux arrêts l'ont appliquée à la suite de la promulgation du Code pénal. Leurs décisions se résument presque uniformément en ces termes, que, lorsque le crime commis sous l'empire du Code de 1791 est jugé

« existantes, et qu'il ne le soit pas par le présent décret ; ou si le fait est « qualifié crime par le présent Code, et qu'il ne le soit pas par les lois « existantes, l'accusé sera acquitté, sauf à être correctionnellement puni, « s'il y échoit. »

sous celui de 1810, les juges doivent combiner les dispositions de ces deux Codes, pour appliquer à l'accusé les peines les plus douces [1]. Il serait inutile d'en rappeler les espèces [2]. Cependant deux de ces arrêts ont jugé des questions particulières qui présentent quelque intérêt.

L'outrage fait à un fonctionnaire public dans l'exercice de ses fonctions était puni de la peine infamante de deux ans de détention par le Code de 1791 (art. 7, 4e sect., tit. 1, 2e partie): le Code pénal n'a frappé le même fait que d'une peine d'emprisonnement de 2 à 5 ans. La question a été soulevée de savoir laquelle de ces deux peines était la moins forte, pour l'appliquer à un fait antérieur au Code pénal. La Cour de cassation a jugé, et suivant nous avec raison, que la peine d'emprisonnement, quoique d'une durée facultative plus longue, devait seule être appliquée [3]. C'est en effet la nature des peines, plus que leur durée, qui doit en faire graduer la gravité; entre une peine correctionnelle et une peine infamante, le choix ne devait donc pas être douteux.

Une difficulté plus sérieuse s'était élevée au sujet de l'application du Code pénal dans les États-Romains. Antérieurement à sa promulgation, le Code de 1791 y avait été publié; or il advint qu'un meurtre commis sous les lois du pays se présenta pour être jugé sous l'empire du Code pénal. Les lois

1. Arr. Cass., 27 fév., 20 mars, 16 juill. 1812 (Bull. off., p. 174, 114 et 319); 19 fév. 1813 (Bull. off., p. 79). — * * Comp. dans le même sens: Cass. 2 août 1873; D. 74, 1, 385; — 4 janv. 1876; Bull. n° 17.

2. * * Il a été jugé, en conséquence de ce principe, que, la loi du 27 mai 1885 ayant supprimé la surveillance de la haute police à partir de sa promulgation, les délits de rupture de ban commis antérieurement n'ont pu, après la promulgation de cette loi, être l'objet d'aucune répression. (Cass., 19 et 25 juin, 2 juillet 1885; Bull. nos 176, 184, 193, 194 et 195; S. 86, 1, 45 et 47).

Et la loi nouvelle doit être appliquée, alors même qu'elle a été promulguée après la condamnation, si la décision prononçant cette condamnation a été l'objet d'un pourvoi en cassation non encore jugé au moment de la promulgation de cette loi (arrêts des 19 et 20 juin 1885, cités *supra*; V. toutefois Agen, 1er juillet 1885; S. 86, 2, 11).

3. Arr. cass., 26 juil. 1811 (Bull., p. 216).

en vigueur au moment de la perpétration portaient la mort; le Code de 1791, qui avait été publié durant l'instruction, ne portait que vingt ans de fers; enfin le Code pénal infligeait à ce crime les travaux forcés à perpétuité. Il fallait opter entre ces trois peines: la Cour de cassation déclara qu'il suffisait que, dans l'intervalle du délit au jugement, il eût existé une nouvelle loi pénale plus douce que celles qui existaient soit au moment du délit, soit à l'époque du jugement, pour que cette loi dût seule être appliquée [1]; en conséquence, l'accusé n'eut à subir que vingt ans de fers. La raison de cette décision est qu'il y a droit acquis pour le prévenu, dès qu'une peine plus douce a remplacé celle plus sévère qui le menaçait. On ne peut plus lui appliquer la première, d'après la règle même que nous développons ici. On ne saurait non plus lui faire l'application d'une loi postérieure plus rigoureuse que la seconde, parce que ce serait lui imprimer un effet rétroactif.

Les modifications que la législation a éprouvées en 1832 devaient donner lieu à peu de questions de cette nature, puisque les peines du nouveau Code sont généralement plus douces que celles de l'ancien. Cependant la Cour de cassation a décidé, par arrêt du 18 janvier 1833, et toujours d'après les mêmes principes, que le prévenu d'un délit de détérioration d'un chemin public, commis avant le nouveau Code, et puni par le Code rural d'une amende de 24 fr., qui le rendait justiciable de la police correctionnelle, devait être renvoyé devant le tribunal de police, en lui appliquant l'art. 479, n° 11 du Code pénal [2].

A la suite du traité du 11 juin 1860, qui a annexé la Savoie à la France, les mêmes questions se sont encore élevées. Le procureur général de Chambéry s'est pourvu contre un arrêt de la Cour d'assises de cette ville qui avait condamné le nommé Philippe à cinq ans de réclusion pour crime de faux,

1. Arr. 1er oct. 1813 (Bull., p. 519); 13 février 1814 (Sirey, 15, 1, 592). — ** Comp. dans le même sens: Annecy, 19 décembre 1860; V. *Le Droit* du 6 janvier 1861.

2. Journ. du dr. crim., 1833, p. 63.

parce que cette Cour avait appliqué la loi pénale française à un fait commis avant l'annexion. La Cour de cassation a déclaré « que, bien que le crime eût été commis sous l'empire du Code sarde, la loi pénale française a dû lui être appliquée puisqu'elle a été reconnue lui être plus favorable que la loi sarde » ; mais, en même temps, comme la Cour d'assises avait fait état, pour déterminer la peine, de la circonstance de la récidive et de l'art. 56, que cette récidive résultait d'une première condamnation à trois ans de réclusion, et que cette peine de la réclusion, d'après la loi sarde, n'est pas infamante, la Cour de cassation a reconnu qu'une peine qui n'est pas infamante ne peut donner lieu à l'application de l'art. 56, et elle a cassé l'arrêt qui, contrairement à la loi sarde, avait fait cette application [1]. La même solution serait applicable en matière de prescription : il faudrait appliquer la prescription qui se trouverait dans l'une ou l'autre législation la plus favorable à l'accusé [2].

Il a été toutefois admis que, lorsqu'une loi fiscale portant une pénalité purement pécuniaire a été abrogée, cette pénalité, ayant le caractère d'une réparation purement civile et

1. Cass., 3 juill. 1863 (Bull. n. 188).

2. Cass., 17 avril 1863 (Bull. n. 124). — * * Cette solution nous paraît contestable, bien qu'elle ait pour elle l'autorité de la Cour suprême. On ne compte pas moins de quatre systèmes sur cette question : Le 1er applique par analogie l'art. 2281 du Code civil. — Le 2e applique les deux lois cumulativement en tenant compte du temps écoulé sous l'ancienne loi proportionnellement à la durée de la prescription sous cette loi : la prescription ancienne était de vingt ans, la prescription de la loi nouvelle est de dix ans ; dix ans se sont écoulés sous l'empire de l'ancienne loi, c'est-à-dire la moitié du temps requis ; il faudra cinq ans sous l'empire de la loi nouvelle. — Le 3e système applique, avec la Cour suprême, celle des deux lois qui est la plus favorable à l'accusé. — Enfin un 4e système, qui nous semble plus conforme aux principes, applique, dans tous les cas, la loi nouvelle. La prescription est exclusivement fondée sur l'intérêt social ; or, la loi nouvelle est toujours présumée la meilleure, et nous ne saurions voir dans le fait d'avoir trompé la justice pendant un certain temps un droit acquis à la tromper toujours ; il n'y a de droit acquis que lorsque la prescription est accomplie. (V. la loi du 29 juillet 1881 sur la presse, art. 65).

non d'une peine proprement dite, peut être encourue depuis l'abrogation, à la suite d'une saisie antérieure, à titre de dommages-intérêts, sans que le principe du décret du 6 juillet 1810 en reçoive aucune atteinte [1].

29. Une question assez délicate est de savoir, lorsque depuis la perpétration d'un délit, et avant qu'il ait été jugé, une loi nouvelle abaisse le *maximum* de la peine applicable, mais en élevant à la fois son *minimum*, laquelle de ces deux législations doit être appliquée au prévenu. Le fait poursuivi, dans cette espèce, était une usurpation sur la largeur des chemins, punissable d'une amende qui ne pouvait être moindre de 3 livres, ni excéder 24 livres, d'après l'article 40 de la loi des 28 septembre-6 octobre 1791, et d'une amende de 11 à 15 fr. d'après l'article 479, n° 11, du Code pénal. Un arrêtiste a pensé qu'il fallait combiner les deux lois en faveur du prévenu, de manière à lui conserver le *minimum* de la loi abrogée, tout en le faisant jouir du *maximum* abaissé de la loi nouvelle [2].

Un pareil système ne pourrait être admis. En effet, on conçoit que celui qui a commis un délit sous l'empire d'une loi, depuis abrogée, puisse profiter des dispositions plus douces de la loi nouvelle, lorsqu'il est jugé après sa promulgation ; on conçoit également que, si la loi abrogée était moins rigoureuse, il puisse en réclamer le bénéfice, puisque c'était la seule qui fût connue au moment de la perpétration du délit. Mais il n'existe, il ne peut exister aucune raison de rendre la condition de ce prévenu plus favorable que ne l'ont faite l'une ou l'autre des deux législations. Tout ce qu'il peut réclamer, c'est l'application de la loi la plus douce. Aller au delà et dépouiller les deux législations de leurs dispositions les plus sévères pour en composer une loi mixte pour lui seul, ce serait absurde, puisqu'il n'a aucun droit quelconque à un tel privilège. Et comment qualifier cette combinaison étrange de deux lois pénales, cette pénalité formée du *maximum* de l'une et du *minimum* de l'autre, cette disposition qui n'appar-

1. Cass., 11 déc. 1863 (Bull. n. 290).
2. Dalloz, Rec. pér., 1833, p. 162, 1re partie.

tiendrait à aucune législation, qui serait en dehors de tous les systèmes ? La faveur due au prévenu, les lois de l'humanité ne sont point de vains mots ; mais les principes tutélaires qui ont motivé l'effet rétroactif des lois pénales lorsque le prévenu y est intéressé, ne peuvent justifier une dérogation formelle à ces lois elles-mêmes. Evidemment, la seule faculté que, dans l'espèce proposée, le prévenu pût réclamer, c'était l'option entre les deux lois, c'était le choix de celle suivant laquelle il désirait être jugé. Il importait peu ensuite que les dispositions des deux législations fussent comparées d'après telle ou telle base pour lui être appliquées ; car il aurait toujours eu le droit de répudier cette application, si elle lui portait quelque préjudice. Cependant nous croyons que ce n'est ni par leur *maximum*, ni par leur *minimum* exclusivement, que cette comparaison doit être faite, puisque d'après le système des art. 463 et 483 du Code pénal, les peines ont un maximum purement nominal et sont presque indéfiniment réductibles : il est plus simple de prendre pour base du rapprochement le caractère même du fait, lorsque ce caractère n'est pas identique dans les deux lois successives. Ainsi, dans l'espèce, c'est moins parce que le taux de l'amende avait été réduit, que parce que le fait d'usurpation, de délit correctionnel, était devenu une contravention de simple police, que nous pensons que la législation nouvelle était seule applicable au prévenu.

30. Nous arrivons à la deuxième exception au principe de la non-rétroactivité. Cette exception a pour objet l'application des lois qui règlent la compétence et les formes de la procédure. Introduite par la jurisprudence plus que par la loi, elle doit être examinée et ne peut même être appliquée qu'avec une certaine restriction.

Il y a lieu de distinguer si la loi nouvelle apporte des modifications : 1° aux formes de la procédure ; 2° à la composition des tribunaux ; 3° à la compétence, en substituant à la juridiction ancienne une autre juridiction.

31. Les formes nouvelles de procédure sont applicables au moment même où elles sont promulguées ; cette règle, quoiqu'elle ne soit pas formellement écrite dans la loi, résulte de

la nécessité même des choses. On la trouve formulée dans l'un des considérants d'un arrêté des consuls du 5 fructidor an IX, qui, en statuant sur un conflit, déclare « que tout ce qui touche à l'instruction des affaires, tant qu'elles ne sont pas terminées, se règle d'après les formes nouvelles, sans blesser le principe de non-rétroactivité que l'on n'a jamais appliqué qu'au fond du droit. » M. Portalis, en présentant au Corps législatif la loi du 18 pluviôse an IX, disait également : « Les lois de simple instruction ont toujours régi les faits antérieurs et non jugés comme les faits à venir. » Enfin on lit dans plusieurs arrêts : « que le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'applique qu'au fond du droit ; que les lois de procédure et d'instruction sont obligatoires du jour de la promulgation en ce qui concerne les procès commencés comme les procès à naître [1]. » Il est difficile qu'il en soit autrement. Lorsque quelques formes d'instruction sont modifiées ou supprimées, comment admettre en effet que ces formes, qui cessent d'exister dans la pratique, revivront dans tous les procès relatifs à des faits antérieurs à l'abrogation? On comprend que le juge reprenne une peine abrogée pour l'appliquer au fait commis avant l'abrogation; il ne s'agit là que d'une application pénale ; il n'en résulte aucun trouble dans la juridiction. Mais il y a plus de difficultés à ressusciter des formes que le législateur a frappées de déchéance et qui ne font plus partie de la procédure usuelle. Est-ce que ces formes, qui appartiennent au droit public, peuvent constituer des droits acquis aux prévenus et qu'ils puissent revendiquer à quelque époque qu'intervienne leur jugement ? Est-ce que cette diversité d'instruction n'apporterait pas un trouble étrange dans les audiences ? Lorsque la loi, par exemple, a supprimé la preuve des faits diffamatoires imputés à des fonctionnaires publics, lorsqu'elle a substitué, à la majorité de plus de sept voix jusque-là nécessaire pour former la décision des jurés, la simple majorité, ne semble-t-il pas difficile d'admettre encore, en faveur des faits antérieurs, l'ancienne preuve et l'ancienne majorité, sans apporter une certaine per-

1. Cass., 6 oct. 1837 (Bull. n. 301) ; 15 nov. 1849, n. 302 : 27 janv. 1855, n. 24.

turbation dans l'ordre extérieur de la juridiction et dans l'application du principe d'égalité qui doit à tous les prévenus les mêmes garanties ? Il faut donc décider avec la Cour de cassation « que, sans blesser le principe de la non-rétroactivité, les lois qui créent des formes nouvelles d'instruction et de jugement, lorsqu'elles n'ont pas autrement disposé, règlent par ces formes et soumettent à leur empire les affaires qui n'ont pas encore subi l'épreuve d'un jugement définitif, sauf à suivre pour l'application de la peine les dispositions des lois existantes à l'époque des faits de la prévention [1]. »

32. La même règle s'applique aux lois qui viennent modifier la composition des tribunaux. Ainsi un individu accusé d'un crime antérieur à la loi du 4 mars 1831, qui a réduit à trois le nombre des membres de la Cour d'assises, n'aurait pas été admis à soutenir, après la promulgation de cette loi, qu'il fallait pour le juger la composer de cinq juges [2]. Ainsi la loi du 1er avril 1837, relative à l'autorité des arrêts de la Cour de cassation après deux pourvois, s'applique aux procès commencés avant sa promulgation, « attendu que le principe de la non-rétroactivité des lois ne s'applique qu'au fond du droit ; que les lois de procédure et d'instruction sont obligatoires du jour de leur promulgation, aussi bien pour les procès déjà commencés que pour ceux qui prennent naissance depuis ; qu'au nombre de ces lois il faut comprendre celles qui modifient l'organisation des tribunaux et règlent le dégré d'autorité qui doit appartenir à leurs décisions ; que de telles lois ne touchent point en effet au fond du droit et ne portent que sur la marche des procédures et sur la manière de les terminer ; qu'il faut y comprendre par conséquent la loi du 1er avril 1837 ; que la disposition de la loi du 30 juillet 1828, d après laquelle la Cour de renvoi doit suivre, quant à la peine à prononcer, l'interprétation la plus favorable à l'accusé n'est point une loi pénale qu'on ne puisse cesser d'appliquer aux faits commis pendant qu'elle était en vigueur, sans violer le principe de non-rétroactivité ; qu'elle était une conséquence de l'autorité

1. Cass., 13 nov. 1835 (Bull. n. 421) ; 20 juill. 1853, n. 376.
2. Cass., 31 mars 1831 (Bull. n. 66) ; 28 avril 1831, n. 97.

exceptionnelle dont la loi du 30 juillet 1828 avait investi pour certains cas les chambres réunies des cours royales et doit disparaître avec elle [1] ».

33. Mais en ce qui concerne les lois de compétence, l'exception au principe de non-rétroactivité doit être contenue dans certaines limites. Elle n'en rencontre aucune, on doit le dire d'abord, lorsque la juridiction compétente est supprimée et remplacée par une nouvelle juridiction ; car il serait difficile de soutenir que la juridiction abolie doit se reconstituer toutes les fois que les faits poursuivis auraient été commis pendant qu'elle existait.

Mais quand la loi nouvelle ne fait que transférer une compétence d'une juridiction existante à une autre juridiction existante, par exemple de la juridiction correctionnelle à la Cour d'assises ou de la Cour d'assises à la juridiction correctionnelle, la question de savoir à quel moment elle devient applicable aux faits antérieurs n'est pas sans quelque difficulté. En effet, il ne s'agit plus seulement d'un question de forme, il s'agit de l'établissement d'une juridiction nouvelle. Or comment séparer le droit de la défense de la création de la juridiction où ce droit doit s'exercer ? Les juges naturels d'un prévenu ne sont-ils pas ceux qui existaient au moment de la perpétration du fait ? Est-il indifférent, surtout s'il s'agit d'un fait politique, d'être jugé par des jurés ou des juges permanents, par une Cour d'assises ou un Conseil de guerre ? La règle de compétence, règle tutélaire, n'est-elle pas qu'un citoyen ne doit répondre de ses actes que devant un tribunal certain et constitué à l'avance ? Ces motifs expliquent la contradiction de quelques actes législatifs. Le décret du 13-18 janvier 1792, relatif à l'installation des tribunaux criminels, portait, art. 7 : « Toutes les plaintes ou accusations suivies d'informations, antérieures à l'époque de l'installation des tribunaux criminels, seront jugées par les tribunaux qui s'en trouveront saisis, soit en première instance, soit par appel, et l'instruction de la procédure sera continuée suivant les lois qui ont précédé l'installation des jurés. » Cette règle fut mise de côté lors de l'établisse-

1. Cass., 6 oct. 1837 (Bull. n. 305).

ment des tribunaux spéciaux; l'art. 30 de la loi du 18 pluviôse an IX « enjoint à tous juges de renvoyer devant ces tribunaux, avec les pièces, actes et procédures *déjà commencés*, tous les détenus pour crimes prévus par cette loi. » L'exposé des motifs déclarait que « le spectacle effrayant de l'impunité motive les dispositions par lesquelles, dans le projet de loi, on rend justiciables du tribunal spécial, *toutes personnes arrêtées ou accusées avant son établissement.* » On retrouve la même décision dans l'art. 19 de la loi du 20 décembre 1815, relative aux cours prévôtales. La loi du 26 mai 1819, qui transfère au jury le jugement des délits de la presse, semble indiquer entre ces solutions diverses un terme moyen : « Art. 30. Les délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, *et qui ne seraient point encore jugés*, le seront suivant les formes prescrites par la présente loi. » Et cette disposition est textuellement reproduite par l'art. 8 de la loi du 8 octobre 1830.

34. En présence de ces textes et en pesant les motifs qui les ont dictés, la jurisprudence a dû hésiter. Merlin, dans le réquisitoire qui précède l'arrêt du 4 messidor an XII, soutenait qu'il suffisait qu'une juridiction fût régulièrement saisie pour qu'elle dût juger : « C'est un principe reconnu, disait-il [1], que l'instruction des affaires non terminées doit se régler par les formes nouvelles ; mais c'est un principe non moins certain que tout procès doit être terminé là où il a été commencé. *Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet* [2]. » Cette décision était trop absolue et ne pouvait être suivie. Il ne suffit pas qu'une procédure soit commencée devant une juridiction pour qu'elle doive en demeurer définitivement saisie ; car lorsqu'il s'agit entre deux juridictions existantes de la substitution de l'une à l'autre, il est difficile d'admettre que tout acte de procédure crée une sorte de contrat qui lie l'affaire à la juridiction ancienne, au préjudice même de la défense. Il ne suffit pas non plus que la loi ait établi une nouvelle compétence pour que la juridiction saisie soit aus-

1. Rép. v° Compétence.
2. L. 48 Dig., de Judiciis.

sitôt dessaisie, car s'il est intervenu des actes définitifs, ces actes créent des droits qu'il n'est plus possible d'effacer. Il y a donc au milieu des actes commencés une distinction à faire, un terme à poser.

Cette distinction est indiquée dans un arrêt du 24 juin 1813 qui déclare « qu'il est de principe constant que les lois qui créent des juridictions particulières entraînent devant ces juridictions toutes les affaires de la nature de celles qui sont l'objet de ces nouvelles attributions, qui n'ont pas encore subi l'épreuve d'un jugement définitif [1]. » Cette indication se reproduit, avec une erreur de rédaction à la vérité, dans un arrêt du 16 avril 1831, dans lequel on lit : « Qu'au milieu des changements qui interviennent dans la législation, il est de règle, à moins que le législateur n'en dispose autrement, que les procès criminels dans lesquels il n'y a pas de jugement définitif *et en dernier ressort*, doivent être continués dans les formes et devant les tribunaux nouvellement établis ; qu'en matière de juridictions qui sont d'ordre public, il ne peut y avoir de droits acquis, et que le principe de la non-rétroactivité des lois criminelles n'est applicable qu'à la pénalité des délits commis antérieurement aux nouvelles lois [2]. Il est évident que c'est par erreur que les mots *en dernier ressort* ont été écrits dans cet arrêt, car si le jugement était intervenu en dernier ressort, il y aurait chose jugée et la question n'existerait plus. C'est dans le sens de cet arrêt que la jurisprudence paraît persister. Un arrêt du 25 novembre 1819 dispose « qu'aux termes de l'art. 30 de la loi du 26 mai 1819, la juridiction correctionnelle (à laquelle cette loi substituait le jury) ne peut demeurer compétente que dans le seul cas où, lors de la publication de cette loi, il aurait été rendu un jugement définitif sur le fond des poursuites [3]. » Un autre arrêt du 22 septembre 1832 répète, dans une espèce analogue, « que l'art. 8 de la loi du 8 octobre 1830 n'attribue aux Cours d'assises que les délits de la presse qui ne seraient pas encore jugés ; que,

1. Cass., 24 juin 1813, J.-P., t. 11, p. 494.
2. Cass., 16 avril 1831, J.-P., t. 23, p. 1458.
3. Cass., 25 nov. 1819, J.P. 15, t. 15, p. 578.

dans l'espèce, le fait imputé au demandeur avait été jugé par le tribunal correctionnel ; qu'il n'était donc pas au nombre de ceux dont la loi réservait la connaissance aux Cours d'assises [1]. »

Il semble résulter de cette jurisprudence que lorsqu'il est intervenu un jugement correctionnel sur le fond, même frappé d'appel, ce jugement, qui est définitif, maintient à la juridiction saisie par l'appel sa compétence pour statuer au fond. On doit toutefois mentionner un arrêt du 12 septembre 1856 qui, dans une espèce particulière, paraît écarter cette solution. Il s'agissait de l'application de la loi du 13 juin 1856, qui concentre aux Cours tous les appels correctionnels. L'arrêt, après avoir rappelé le principe, « qu'on ne peut étendre l'art. 2 du Code civil aux règles relatives à la compétence des tribunaux qu'autant qu'il est intervenu jugement définitif sur le fait poursuivi », ajoute « que, dans l'espèce, la loi du 13 juin 1856 est devenue exécutoire dans le département de la Loire le 28 du même mois de juin ; qu'à cette époque il n'était intervenu aucun errement définitif sur l'appel interjeté par le ministère public du jugement correctionnel, rendu dans la poursuite dirigée contre le prévenu ; que seulement des témoins avaient été cités sur cet appel, antérieurement à la promulgation de la loi, sans qu'il eût même été procédé à l'audition de ces témoins et à l'interrogatoire du prévenu ; d'où il suit qu'en se déclarant compétent pour juger cet appel, le tribunal a faussement appliqué l'art. 2 du Code civil [2]. » Mais il faut prendre garde que, dans cette affaire, la seule compétence mise en jeu était celle du tribunal d'appel ; aussi l'arrêt exige un errement définitif de ce tribunal pour lui maintenir sa compétence ; le jugement définitif des premiers juges n'avait donc aucune influence. Enfin la question a été jugée en termes très précis par un arrêt du 7 juillet 1871, qui déclare : « Qu'à la différence des lois de procédure et d'instruction qui régissent les affaires commencées, dès qu'elles sont exécutoires, quel que soit l'état de la procédure, les lois de compétence doivent être

1. Cass., 22 sept. 1832, J.P., t. 24, p. 1482.
2. Cass., 12 sept. 1856 (Bull. n. 313).

présumées avoir laissé en dehors de leur action les procès à l'occasion desquels le juge du premier degré avait prononcé sur le fond, dans la plénitude de ses attributions; que dans ce cas les choses ne sont plus entières, puisque le tribunal a reconnu l'innocence ou la culpabilité du prévenu [1]. »

1. * * Cass., 7 juill. 1871; S. 71. 1. 85; D. 71. 1, 263. — V. dans le même sens : Cass., 18 février et 17 mars 1882; Bull. nos 49 et 78.

CHAPITRE IV.

DÉLITS MILITAIRES.

35. Ce qu'il faut entendre par crimes et délits militaires (art. 5).
36. Pour résoudre cette question, il est nécessaire d'établir la compétence des tribunaux militaires.
37. Théorie de la justice militaire.
38. Etat de la législation antérieure sur la distinction des délits militaires ou communs.
39. Disposition de la loi du 4 août 1857.
40. A quel moment le jeune soldat est-il saisi par la juridiction militaire.
41. Quel est ce moment pour les engagés volontaires.
42. Quelle est la juridiction compétente dans les cas d'absence par congé, permission ou autrement
43. Restrictions à la compétence de la juridiction militaire.
44. Quelle est cette compétence en matière d'embauchage.
45. Exceptions à la compétence en état de siège.
46. Quelles personnes sont assimilées aux militaires.
47. Incompétence de la juridiction militaire à l'égard de l'action civile.
48. Résumé et définilion des délits militaires.
49. Application des mêmes principes à l'armée de mer. Loi du 4 juin 1858.

---

35. L'art. 5 du Code pénal déclare que « les dispositions de ce Code ne s'appliquent pas aux contraventions, délits et crimes *militaires.* » Mais quels faits sont réputés crimes et délits militaires? Quel sens et quelle étendue la loi a-t-elle attachés à cette expression?

La loi pénale est muette sur cette question. Elle s'est contentée d'indiquer l'exception sans en poser les limites, et c'est à la législation spéciale que nous sommes forcés de nous reporter pour obtenir une solution sans laquelle l'intelligence de notre texte ne serait point complète. Nous allons donc jeter un coup d'œil rapide sur cette législation.

Le Code pénal militaire se composait de lois successives et confuses, sans liaison entre elles, sans principes fixes, et qui n'avaient d'autre harmonie que la prodigieuse élévation de leurs peines et leur tendance continuelle à envahir la juridiction civile. Créées dans des temps de guerre et de troubles, elles se sont maintenues sans nécessité au sein de la paix, et lorsque les autres parties de la législation pénale, également armées de châtiments excessifs à cette époque, se sont successivement adoucies, les lois militaires ont gardé leurs règles inflexibles et des pénalités que leur rigueur rendrait inapplicables, si le juge qui les prononce n'était assuré que la clémence du chef du pouvoir exécutif interviendra pour les tempérer. On trouve dans cette législation les actions les plus diverses (les délits militaires et les délits communs) frappées d'une peine uniforme, confondues dans la même infamie. La peine des fers est étendue à des délits purement militaires ; la peine de mort est prodiguée même à des fautes de discipline. Enfin, la juridiction exceptionnelle étend sa puissance jusqu'à des transgressions communes, qui n'ont aucune relation avec les devoirs militaires.

Une telle législation a dû souvent exciter la sollicitude du Gouvernement; aussi depuis 1808, où fut assemblée la première commission qui fut chargée de ce travail, jusqu'à ces dernières années, s'est-il presque constamment occupé de la révision des lois pénales militaires. Mais, soit que cette entreprise ait été hérissée de difficultés insolubles, soit que le temps ait manqué à nos assemblées législatives, ces lois péniblement élaborées, à demi discutées et votées, étaient restées inachevées. Cependant une étude approfondie avait été faite par la Chambre des Pairs en 1829, et les vrais principes de la matière avaient été reconnus et posés dans le rapport de la commission [1].

Les deux Codes de justice militaire du 4 août 1857 et du 4 juin 1858, pour l'armée de terre et pour l'armée de mer, ont eu pour objet de remplir cette lacune et de coordonner les lois et les règlements relatifs à cette justice spéciale. C'est

1. *Moniteur* du 15 juin 1829, suppl.

donc aux dispositions de ces Codes qu'il faut demander maintenant la solution des questions posées dans ce chapitre, et nous devons dès lors nous y référer.

36. Les délits militaires sont, suivant les lois actuelles et comme on le verra plus loin, tous les délits dont la connaissance et le jugement sont attribués aux tribunaux militaires. Pour déterminer le caractère légal de ces faits, nous avons donc à fixer les limites des deux juridictions. La question de classification se complique d'une question de compétence.

La classification a été faite par la loi. Le livre II du Code de justice militaire énumère toutes les infractions militaires proprement dites, celles qui concernent les devoirs spéciaux du soldat, la discipline de l'armée. Les autres, qui sont des infractions de droit commun et qui ne sont considérées comme infractions militaires qu'à raison de la qualité de ceux qui les commettent, demeurent passibles des dispositions du Code pénal. L'art. 5 du Code pénal n'a entendu parler que des premières. L'art. 267 du Code de justice militaire porte en effet : « Les tribunaux militaires appliquent les peines portées par les lois pénales ordinaires à tous les crimes ou délits non prévus par le présent Code, et, dans ce cas, s'il existe des circonstances atténuantes, il est fait application aux militaires de l'art. 463 du Code pénal. »

Il convient d'ajouter que les règles relatives à la tentative, à la complicité et aux excuses, dont l'application aux militaires avait donné lieu à quelques difficultés, sont aujourd'hui uniformément suivis par les deux législations. L'art. 202 du Code de 1857 et l'art. 260 du Code de 1858 portent : « Les art. 2, 3, 59, 60, 61, 62, 63, 64 et 65 du Code pénal ordinaire, relatifs à la tentative de crime ou de délit, à la complicité et aux cas d'excuse, sont applicables devant les tribunaux militaires, sauf les dérogations prévues par le présent Code. » Il n'en est point ainsi en ce qui concerne l'aggravation pénale de la récidive ; les peines portées par les deux Codes ont paru assez fortes pour embrasser l'aggravation morale résultant de la récidive, et aucune peine supplémentaire n'y a été ajoutée à raison de cette circonstance. Toutefois, si le militaire ou le marin avait déjà subi une condamnation de nature à former le premier

élément de la récidive, et qu'il fût prévenu en second lieu d'un fait commun prévu par le Code pénal, il serait sans doute passible de l'aggravation prévue par ce Code, de même qu'il profiterait des atténuations qui y sont établies [1].

37. En thèse générale, la légitimité d'une justice militaire ne peut être sérieusement mise en doute. Elle est légitime par cela seul qu'elle est nécessaire. En effet, l'indépendance des nations n'est protégée que par les armées, et les armées ne peuvent exister que par le rigoureux accomplissement des engagements et des devoirs qui leur sont propres. Pour en assurer la constante exécution, il faut donc qu'une justice ferme et prompte frappe ceux qui les méconnaissent. On peut même ajouter que l'existence des tribunaux militaires importe à la saine distribution de cette justice; car seuls ils peuvent comprendre et les devoirs qu'il est essentiel de faire respecter, et les circonstances de la transgression qui en modifient le caractère. Cette juridiction exceptionnelle se fonde donc d'abord sur une haute et puissante considération politique, une raison d'Etat souveraine : la nécessité d'assurer la mission d'obéissance et de sacrifices à laquelle les armées sont dévouées ; elle se fonde ensuite, et secondairement, sur un principe de justice substantielle, parce que ce n'est que devant des tribunaux militaires que les délits disciplinaires peuvent obtenir bonne et sûre justice.

Mais puisque c'est de la nécessité que dérive la légitimité de la justice militaire, on doit conclure que là où cette nécessité n'est plus constatée, cette juridiction cesse d'être légitime. C'est le premier principe théorique de la matière, et il est évident que plus les règles du droit commun domineront dans l'esprit du législateur, plus les limites de la juridiction exceptionnelle seront étroites et resserrée.

Ainsi, hors des rangs de l'armée, nul ne doit être sujet à sa juridiction. Le citoyen appartient à la justice civile ; son immunité est si grande qu'en cas de complicité il entraîne le militaire qui a coopéré à son délit devant la juridiction ordinaire. Le législateur ne doit livrer aux tribunaux exceptionnels que

1. Cass., 30 mars 1861 (Bull. n. 65).

les individus qui, par position, par choix, par nécessité, ont ces tribunaux pour leurs juges naturels ; il doit placer entre la société civile et la famille militaire une barrière qui ne peut être franchie.

Les militaires eux-mêmes doivent être considérés sous deux points de vue distincts. Comme militaires, ils ont contracté des obligations d'un ordre tout spécial. Ces obligations, lorsqu'ils y manquent, les exposent à des peines particulières ; c'est à ce titre qu'ils sont réclamés par les tribunaux d'exception. Mais avant d'être militaires, ils sont citoyens ; ils sont soumis, comme les autres membres du corps social, aux lois générales qui régissent le pays ; accusés, eux aussi, ils ont droit à toutes les garanties que la loi assure à l'innocence en péril, et, dans un intérêt opposé, s'ils ont failli, c'est à la justice du pays, à la justice ordinaire qu'ils doivent réparation. Cette distinction capitale a été trop longtemps méconnue. La société n'est plus en sûreté lorsque la poursuite des délits qui blessent l'ordre civil n'est point confiée aux magistrats chargés de sa défense. Il faut restituer à la juridiction ordinaire tous les délits commis, même par des militaires, contre les lois générales de la société.

La compétence des tribunaux exceptionnels ne doit donc exister que pour les militaires ou les personnes nécessairement attachées à l'armée, et seulement à raison des délits militaires qu'ils ont commis. Or ces délits peuvent se réduire à deux espèces ; les uns sont d'ordre politique, se sont ceux qui attentent à la discipline de l'armée, ceux qui enfreignent le devoir militaire ; les autres appartiennent à l'ordre moral, ce sont des délits communs qui prennent un caractère mixte à raison de la qualité des prévenus et des personnes qu'ils lèsent, tels sont les délits commis de militaire à militaire, et et les vols dans les casernes. Mais les infractions de cette deuxième catégorie ne doivent même appartenir aux conseils de guerre que lorsque les prévenus sont en pleine activité de service ; dans toute autre situation, la nécessité du service militaire n'exigeant plus leur concours, elles doivent être de la compétence des tribunaux ordinaires.

En proclamant ces principes simples et féconds, nous ne

faisons à peu près que résumer les longues et savantes discussions que cette matière a soulevées. C'étaient là les principales bases du projet de loi présenté en 1829 à la Chambre des Pairs sur l'organisation des tribunaux militaires. « La législation spéciale, disait l'exposé des motifs, ne doit comprendre dans son domaine rien de plus que ce que le bien du service exige [1]. » Et M. de Broglie ajoutait dans son rapport : « On doit restituer à la connaissance du droit commun les délits commis contre le droit commun par des individus appartenant à l'armée [2]. » Enfin M. Legraverend avait professé dès l'année 1808 cette opinion, « que tous les faits qui blessent les lois générales de la société, ou qui sont dirigés contre des individus non militaires, doivent être considérés comme des délits communs et soumis à la justice ordinaire, et qu'on ne doit entendre par délits militaires que les délits contre la discipline militaire, ou ceux qui sont commis de militaire à militaire [3] ».

38. Jetons maintenant un coup d'œil sur la législation. Il est d'abord digne de remarque que notre ancien droit avait appliqué la plupart des principes qui viennent d'être rappelés. La juridiction militaire qui, avant 1789, était attribuée : 1° aux conseils de guerre dans les places et garnisons ; 2° au prévôt général dans les temps de guerre ; 3° aux maréchaux de France dans les affaires relatives au point d'honneur, ne s'exerçait que sur les gens de guerre [4]. Jousse et Muyart de Vouglans définissent les délits militaires, ceux qui sont commis par les gens de guerre dans les camps et les armées et à l'occasion des fonctions militaires [5]. Les juges ordinaires connaissaient des délits communs commis par les soldats, à moins qu'il ne fussent en campagne [6]; aux mêmes juges appartenait égale-

1. Moniteur du 21 mai 1829, 2e suppl.
2. Moniteur du 15 juin 1829, suppl.
3. Traité de procédure militaire ; et Traité de législation criminelle, t. 2, p. 646.
4. Ed. de Henri III de déc. 1585, et Ord. janv. 1529 ; Muyart de Vouglans p. 730 ; Jousse, t. 1, p. 376.
5. *Ibid.*, loc. cit.
6. Ord. 15 juill. 1525, et Lett. fév. 1540.

ment la connaissance des crimes et excès commis par les gens de guerre, même dans les garnisons et dans le cours du service, contre les habitants [1]. N'est-il pas étrange que ces règles sages, établies dès le XVIe siècle, soient vainement encore sollicitées aujourd'hui ?

L'assemblée constituante, en cette matière comme en tant d'autres, avait su poser quelques principes vrais. La séparation des deux juridictions reposait sur le caractère ou commun ou exceptionnel des délits à juger. Les délits communs, alors même qu'ils avaient été commis par des militaires, étaient du ressort de la justice ordinaire [2]. Le délit militaire n'était, dans ce système, que la violation, définie par la loi, du devoir militaire [3]. Tout délit qui n'attaquait pas immédiatement le devoir militaire, était un délit commun; et, d'un autre côté, nul délit n'était militaire, s'il n'avait été commis par une personne faisant partie de l'armée [4]. Enfin le complice, simple citoyen, attirait le procès devant les juges civils; et, s'il y avait complication dans le même fait d'un délit commun et d'un délit militaire, ou si ces deux délits pesaient, par suite de deux faits distincts, sur la même personne, la poursuite était portée devant les tribunaux ordinaires [5].

La Convention nationale renversa cette législation. L'assemblée constituante n'avait statué que pour l'état de paix, et peut-être était-ce un tort; la discipline militaire appelle des règles distinctes pour l'état de paix et pour l'état de guerre. La Convention fit de cette dernière situation l'état normal. Tous les délits commis par les militaires, qu'ils soient communs ou spéciaux, furent déférés aux tribunaux militaires. Cette juridiction envahit la juridiction civile, et les complices non militaires d'un fait commis par un militaire y furent entraînés [6].

1. Ord. janv. 1629, ord. de 1670, tit. 1, art, 12.
2. L. 29 sept.-22 oct. 1790, art. 2.
3. L. 30 sept.-19 oct. 1791, art. 1.
4. *Ibid.*, art. 3 et 4.
5. *Ibid.*, art. 5, 6 et 7.
6. Déc. 3-18 pluv. an II, art. 3 et 4.

Le Directoire ne modifia que partiellement cet état de choses. A la vérité, la loi du 22 messidor an IV restreignit la compétence exceptionnelle aux individus qui font partie de l'armée, et renvoya devant les tribunaux ordinaires les délits auxquels avait participé une personne qui n'appartenait pas à cette armée. Mais, dans cette loi même qui rétablissait une règle tutélaire, les délits militaires ne sont plus considérés comme des infractions aux seules lois militaires : tous les délits commis par les personnes attachées aux armées sont rangés dans cette classe. La compétence se décide par la qualité des individus, au lieu de se fonder sur la nature du fait.

La loi du 12 brumaire an V acheva de confondre des limites déjà indécises. Son article 9 attribua à la juridiction militaire non-seulement des catégories beaucoup trop nombreuses d'individus qu'elle considère comme attachés à l'armée, mais encore les espions, les embaucheurs, qu'ils soient ou non militaires, et les habitants des pays étrangers occupés par l'armée. Il est à remarquer que cette loi n'avait de force légale que *jusqu'à la paix*; ses auteurs eux-mêmes avaient senti que ses dispositions n'étaient pas de nature à survivre à la guerre; cependant elle est restée debout jusqu'à ces derniers temps et son principe lui survit encore.

Il reste à mentionner, pour former un tableau complet des lois qui sont intervenues sur cette compétence, l'art. 85 de la constitution de l'an VIII, qui renvoie devant les tribunaux militaires tous les délits commis par les militaires, soit contre la discipline, soit contre le droit commun ; et l'avis du conseil d'État du 7 fructidor an XII, qui, en renvoyant aux juges ordinaires les délits communs commis par des militaires en congé ou hors de leur corps, confirme la juridiction militaire à l'égard des mêmes délits commis au corps et sous les drapeaux.

Telle était la législation lorsque le Code pénal fut rédigé. Dans le projet de ce Code, l'art. 5 était suivi d'un autre article supprimé depuis, et qui définissait les délits militaires [1].

1. En voici le texte: « Les contraventions, crimes et délits *militaires* sont seulement : 1° ceux qui ont été commis, en quelque lieu que ce soit, par des militaires de terre ou de mer, ou des personnes attachées aux

L'intention de la commission avait été de donner aux juges une règle pour distinguer les délits militaires des autres délits. Cette définition, évidemment mal conçue, et qui avait pour effet de rejeter à la juridiction exceptionnelle un grand nombre de délits communs, fut l'objet de vives objections dans le sein du conseil d'État. M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angely) releva la confusion que cet article introduisait dans les principes. Il est remarquable que Napoléon, plus libéral que ses conseillers, voulait revenir aux règles posées par l'assemblée constituante, et proposait de saisir les cours impériales de la connaissance de tous les délits commis dans l'intérieur, en leur laissant la faculté de renvoyer le prévenu devant la juridiction militaire lorsque son délit serait purement militaire. « La justice est une en France, disait-il au conseil d'État ; on est citoyen français avant d'être soldat. Si, dans l'intérieur, un soldat en assassine un autre, il a sans doute commis un crime militaire, mais il a aussi commis un crime civil. Il faut donc que tous les délits soient soumis d'abord à la juridiction commune, toutes les fois qu'elle est présente [1]. » Cette théorie ne fut point adoptée ; mais l'art. 6 fut retranché par le conseil, qui décida en même temps que les bases de la juridiction militaire seraient posées par une loi séparée du Code [2]. C'est à cette promesse, inexécutée jusque-là, que répond la loi nouvelle.

armées de terre ou de mer, dans l'exercice de leurs fonctions militaires ou en état de service militaire ; 2° ceux qui ont été commis par quelque personne que ce soit envers des militaires en exercice actuel d'une fonction militaire, comme, par exemple, envers un officier faisant actuellement sa ronde, ou envers un militaire actuellement en faction ; 3° ceux qui ont été commis par quelque personne que ce soit dans un lieu actuellement et exclusivement affecté au service et aux fonctions militaires ; 4° l'espionnage et l'embauchage ; 6° la désertion, le refus des réquisitionnaires ou conscrits de joindre leurs drapeaux, et tout acte commis uniquement contre la discipline ou le service militaire. »

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 21 fév. 1809 ; Locré, t. 29, p. 139.

2. Procès-verbaux du Conseil d'État, séances des 4 oct. 1808 et 22 juill. 1809 ; Locré, p. 108 et 156.

39. Le Code du 4 août 1857, loin de restituer aux juges ordinaires la connaissance des crimes et des délits communs, a posé, en termes plus explicites encore que n'avait fait la législation précédente, que les crimes et délits deviennent militaires toutes les fois qu'ils sont commis par des militaires. « Enlever, dans quelque circonstance que ce soit, porte l'exposé des motifs, un soldat à son drapeau et à ses juges naturels, ce serait toucher sans raison à ces bases essentielles sur lesquelles reposent l'esprit militaire et la discipline de l'armée. Si cette règle s'efface dans des cas exceptionnels, tels que la complicité avec des individus non militaires, c'est qu'il y a obligation de la faire céder à des nécessités d'ordre public et aux inconvénients que présenterait la disjonction des procédures. Le caractère distinct de l'armée au milieu des populations ; la haute mission qui lui est donnée de maintenir l'ordre au dedans et l'indépendance nationale au dehors ; la nécessité, pour arriver à ce but, de n'arracher que dans des cas exceptionnels un soldat à l'autorité de ses chefs pour le livrer à la justice civile ; les devoirs étroits qui sont la règle de toutes ses actions, et dont il ne peut se dépouiller même en commettant un délit ordinaire; l'uniforme dont il est revêtu, tout concourt à rendre complexe le plus simple délit de l'ordre commun, lorsqu'il est commis par un militaire en activité. Le principe fondamental, c'est que tous les militaires, quels que soient leurs titres et leurs positions, sont justiciables des conseils de guerre. » Il suit de là que la juridiction des conseils de guerre est pour le militaire sous les drapeaux la juridiction de droit commun dont il est naturellement justiciable pour tous les crimes et délits qu'il commet.

Voici les textes de la loi : « Art. 55. Tout individu appartenant à l'armée en vertu soit de la loi du recrutement, soit d'un brevet ou d'une commission, est justiciable des conseils de guerre permanents dans les divisions territoriales en état de paix, selon les distinctions établies dans les articles suivants. » — « Art. 56. Sont justiciables des conseils de guerre des divisions territoriales en état de paix, pour tous les crimes et délits, sauf les exceptions portées au tit. 4 du liv. 2 (relatives à la complicité) : 1° les officiers de tous grades, les sous-officiers,

caporaux et brigadiers, les soldats, les musiciens et les enfants de troupes ; les membres du corps de l'intendance militaire ; les médecins, les pharmaciens, les vétérinaires militaires et les officiers d'administration ; les individus assimilés aux militaires par les ordonnances ou décrets d organisation, pendant qu'ils sont en activité de service ou portés présents sur les contrôles de l'armée ou détachés pour un service spécial ; 2° les militaires, les jeunes soldats, les remplaçants, les engagés volontaires et les individus assimilés aux militaires, placés dans les hôpitaux civils et militaires, ou voyageant sous la conduite de la force publique, ou détenus dans les établissements, prisons et pénitenciers militaires ; 3° les officiers de tous grades et les sous-officiers, caporaux et soldats inscrits sur les contrôles de l'Hôtel impérial des invalides ; 4° les jeunes soldats laissés dans leurs foyers et les militaires envoyés en congés illimités, lorsqu'ils sont réunis pour les revues ou exercices prévus par l'art. 30 de la loi du 21 mars 1832. » — « Art. 57. Son également justiciables des conseils de guerre des divisions territoriales en état de paix, mais seulement pour les crimes et délits prévus par le tit. 2 du liv. IV (crimes et délits contre le devoir militaire), les militaires de tous grades, les membres de l'intendance militaire et tous individus assimilés aux militaires : 1° lorsque, sans être employés, ils reçoivent un traitement et restent à la disposition du gouvernement ; 2° lorsqu'ils sont en congé ou en permission [1]. »

1. * * La loi du 18 novembre 1875 a étendu la compétence de la juridiction militaire à l'armée territoriale et aux réserves, d'après les distinctions suivantes : Les officiers, sons-officiers, brigadiers et caporaux soldés de l'armée territoriale sont justiciables des tribunaux militaires pour tous crimes et délits commis *pendant la durée de leurs fonctions* (art. 10). Sont également justiciables des tribunaux militaires, les hommes de tous grades appartenant à un titre quelconque à la disponibilité ou à la réserve de l'armée active, à l'armée territoriale ou à sa réserve : 1° en cas de mobilisation, à partir du jour de leur appel à l'activité jusqu'à celui où ils sont renvoyés dans leurs foyers ; 2° hors le cas de mobilisation, lorsqu'ils sont convoqués pour des manœuvres, exercices ou revues, depuis l'instant de leur réunion en détachement, ou de leur arrivée à destination, s'ils rejoi-

40. Appliquons maintenant ces dispositions. La juridiction militaire ne commence à saisir le jeune soldat qu'au moment où il a reçu un ordre de route [1]. Le premier délit militaire qu'il peut commettre est l'*insoumission* à cet ordre. Tous les délits dont il a pu se rendre coupable jusqu'à ce moment, alors même qu'ils auraient eu pour objet de le soustraire au recrutement, appartiennent à la justice ordinaire [2]. Ainsi on avait pensé à tort que le militaire était censé appartenir à l'armée dès le commencement de l'année à laquelle se rattachait le contingent dont il faisait partie. La Cour de cassation a repoussé avec raison cette fiction : il n'est soldat que lorsque, désigné par le sort et déclaré apte au service, il a reçu l'ordre de rejoindre son corps. C'est cet ordre qui lui confère la qualité qui devient la règle de la compétence. Toutefois la juridiction militaire ne peut le saisir encore que dans les cas suivants : 1° pour les faits d'insoumission (art. 58 de la loi du 4 août 1857) ; 2° lorsqu'il fait partie d'un détachement, qu'il est placé dans un hôpital ou détenu dans un établissement militaire (art. 56, n° 2, de la même loi) ; 3° lorsqu'il figure aux revues et exercices prévus par la loi du 21 mars 1832 (art. 56, n° 4) ; hors de ces cas, il n'est justiciable que des juges ordinaires à raison des crimes et délits qu'il commet, même après avoir reçu l'ordre de rejoindre, et en se rendant au corps dont il doit faire partie.

C'est ainsi qu'il a été jugé : 1° que le remplaçant qui, ayant reçu une feuille de route, n'est pas arrivé à sa destination, est réputé insoumis et justiciable de la juridiction militaire à raison de ce fait d'insoumission, alors même que l'individu remplacé a été contraint de rejoindre le corps où il a fait son

gnent isolément, jusqu'au jour où ils sont renvoyés dans leurs foyers ; 3° lorsqu'ils sont placés dans des hôpitaux, prisons ou pénitenciers militaires (art. 1 et 11 de la loi du 10 novembre 1875). Ils sont encore justiciables des tribunaux militaires pour les faits d'insoumission et pour les délits militaires, mais seulement dans les cas prévus par les art. 9, 12, 13 et 18 combinés de la loi du 18 novembre 1875.

1. L. du 21 mars 1832, art. 39.

2. *Ibid.*, art. 41.

service [1]; 2° que le jeune soldat laissé dans ses foyers demeure, au contraire, justiciable des tribunaux ordinaires à raison du crime commun qu'il a commis, même après avoir reçu l'ordre de se rendre au dépôt de son régiment, s'il n'a point désobéi à cet ordre et s'il ne faisait partie d'aucun détachement [2]; 3° qu'il en est de même en ce qui touche les délits communs commis par un jeune soldat laissé dans ses foyers et convoqué à une réunion des hommes de la réserve, lorsque les délits n'ont eu lieu qu'à une heure postérieure à la revue [3].

41. La même raison doit servir à déterminer le moment où la juridiction militaire s'ouvre pour les engagés volontaires; la signature de l'acte d'engagement devant le maire, de même que la désignation par le sort ne suffit pas pour produire cet effet. La qnalité de militaire ne s'acquiert alors que par l'inscription sur le registre-matricule du régiment : c'est aussi dans ce sens que la jurisprudence s'est prononcée [4]. Mais cette qualité saisit aussitôt l'engagé, et lui imprime un sceau indélébile. C'est par déduction de ce principe que la Cour de cassation a jugé que le faux commis dans l'acte même d'inscription était justiciable du tribunal militaire [5], et que la nullité de l'engagement, motivée soit sur ce que l'engagé n'avait pas encore atteint l'âge requis pour le contracter, soit sur ce qu'il se trouvait déchu du droit de servir dans les armées, soit enfin sur ce que l'époque de la libération était arrivée, n'est pas un obstacle à l'exercice de cette juridiction sur les délits militaires commis par cet individu au corps [6]. C'est la qualité de fait qui détermine ici la compétence. Cependant il résulte des art. 56 et 58 de la loi nouvelle que les engagés volontaires et les remplaçants, tant qu'ils ne sont pas arrivés au

1. Cass., 2 juill. 1825, Bull. n. 128.
2. Cass., 26 février 1863, Bull. n. 65.
3. Cass., 9 juill. 1863, Bull. n. 191.
4. Cass., 12 déc. 1817, Bull. n. 115, et 10 janv. 1822, Bull. n. 8.
5. Cass., 10 janv. 1822, *ibid.*
6. Cass., 13 déc. 1817, 30 avril et 12 sept. 1825, Bull. n. 182 et 183; 7 janv. et 11 mars 1826. Bull. n. 5 et 49; 6 avril 1832, Bull. n. 129 et 130. — Merlin, v° *Délit militaire*, p. 490.

corps, sont soumis aux mêmes règles que les jeunes soldats appelés par le recrutement. Ils sont donc, comme ceux-ci, justiciables de la juridiction militaire, dans les cas d'insoumission lorsqu'ils ont reçu un ordre de route, et lorsqu'ils sont réunis en détachement ou reçus dans un établissement militaire. Hors de ces cas exceptionnels, les juges ordinaires sont seuls compétents [1].

L'appelé au service ou l'engagé volontaire demeure justiciable de la juridiction militaire pendant toute la durée de l'incorporation ; c'est le fait de la présence au corps, de la participation aux exercices militaires, de la sujétion à la discipline, qui est la raison de la compétence. Ainsi, il a été plusieurs fois décidé qu'un individu qui est porté sur les contrôles, reçoit la solde et concourt au service effectif d'un corps, est justiciable du conseil de guerre, à raison des délits qu il commet, lors même que le temps de son service est expiré et qu'il n'a pris aucun engagement nouveau [2].

42. Il résulte de l'avis du Conseil d'État du 7 fructidor an XII, que la connaissance des délits communs, commis par des militaires en congé ou hors de leurs corps est de la compétence des tribunaux ordinaires. Telle est aussi la décision de l'art. 57 de la loi du 4 août 1857, sauf en ce qui concerne les délits prévus par le titre 2 du liv. IV de cette loi, et qui sont relatifs au devoir militaire.

Mais que faut-il entendre par ces mots *en congé* ou *hors du corps ?* La Cour de cassation a rangé dans cette catégorie les militaires qui se trouvent en état de libération provisoire [3], ceux qui ont déserté, alors même qu'ils auraient été repris dans le lieu même de la garnison [4] ; mais elle a refusé d'y

1. Cass., 22 nov, 1861, Bull. n. 246.

2. Cass., 23 janv. 1828, J. P. 22.593 ; 6 déc. 1833, *ibid.*, 25, 1035 ; 3 oct. 1834, J. P. 26.957 ; 20 sept. 1843, Bull. n° 179 ; 3 janv. 1842, Bull. n. 7. — * * La compétence militaire ne cesse que par la libération provisoire ou par l'acceptation de la démission : encore subsiste-t-elle pour les faits commis avant la libération. (Cass. 14 juin 1877 ; Bull. n. 141).

3. Cass., 3 juill. 1829, Bull. n. 147.

4. Cass., 10 avril 1829, Bull. n. 75 ; 22 nov. 1861, n. 247.

placer les militaires qui se seraient éloignés momentanément de leur corps en marche pour commettre un crime commun [1]. L'art. 57 de la loi du 4 août 1857 ne place dans cette situation que « les militaires de tous grades, les membres de l'intendance militaire et tous les individus assimilés aux militaires : 1° lorsque, sans être employés, ils reçoivent un traitement et restent à la disposition du Gouvernement ; 2° lorsqu'ils sont en congé ou en permission. »

Que faut-il décider à l'égard des militaires qui ont commis un délit commun dans la prison où ils sont détenus ? La situation de la prison semblait devoir être la raison de la solution. En effet, l'avis du Conseil d'Etat du 7 fructidor an XII déférait aux tribunaux spéciaux tous les délits commis par les militaires à leurs corps, garnisons ou cantonnements. Il semblait dériver de cette règle générale que, si la prison militaire était située dans le rayon de la garnison, le militaire devait être soumis à ces tribunaux à raison des délits qu'il a pu commettre, et qu'il rentrait, au contraire, sous l'empire de la juridiction ordinaire, si la prison était éloignée du corps dont il fait partie. Mais cette distinction n'a pas été adoptée par la loi nouvelle. Il suffit que les militaires soient, aux termes du 2e paragraphe de l'art. 56, détenus dans un établissement militaire, quelle que soit la situation de la prison, pour qu'ils soient soumis à la juridiction du conseil de guerre. Dès qu'ils sont soumis au devoir militaire, ils sont justiciables de cette juridiction [2]. Il en serait autrement à l'égard du délit commun commis par des militaires condamnés dans une prison non militaire [3].

La même règle doit-elle encore être invoquée dans un cas semblable, celui où le militaire est à l'hôpital ? A quelle juri-

1. Cass., 5 janv. 1809, Bull. n° 29.

2. Cass., 2 avril 1810, J. P. 1840, 2, p. 182 ; 3 juill. 1858. Bull. offic., n° 191. — * * Jugé aussi que les conseils de guerre sont seuls compétents pour connaître des délits commis par des militaires évadés d'un pénitencier militaire, avant l'expiration du délai de grâce de six jours qui les constitue en état de désertion (Cass., 4 décembre 1879 ; S. 80, 1, 440).

3. Cass., 10 juin 1848, Bull. n. 140.

diction doivent être portés les délits qu'il commet dans cette position? Si l'hospice est dans le lieu même où réside le corps auquel appartient le prévenu, celui-ci est considéré comme n'ayant point quitté ses drapeaux; la juridiction militaire ne l'abandonne point, elle le suit dans toute l'étendue de la garnison, soit à la prison, soit à l'hôpital; elle ne lâche prise que lorsqu'il rentre, pour ainsi dire, dans la vie civile, en s'éloignant du drapeau, en restant en arrière du corps, en cessant d'en faire partie. L'art. 56 de la loi, bien qu'il soumette à la juridiction exceptionnelle les militaires *placés dans les hôpitaux civils et militaires*, doit sans doute être entendu en ce sens que les hôpitaux civils appartiennent à l'armée, et que les militaires y sont soumis à la discipline militaire. Le lieu de la situation importe peu; c'est la sujétion à la discipline qui détermine la compétence [1].

43. Au reste, on ne doit pas perdre de vue que, pendant la durée même du congé ou de l'absence, le militaire ne devient justiciable des tribunaux ordinaires qu'à l'égard des délits communs qu'il a commis : les infractions à ses devoirs de militaire continuent de l'entraîner devant les juges exceptionnels; il se trouve dans la même situation que les militaires en non-activité et la gendarmerie. Il faut donc distinguer, dans ce cas, la nature du fait incriminé, si ce fait est une infraction aux lois générales qui obligent tous les citoyens, ou seulement aux lois spéciales qui n'obligent que les militaires. Nous citerons un exemple de cette distinction. Un soldat en congé avait commis un délit d'outrage envers un lieutenant de gendarmerie qui l'avait fait comparaître devant lui pour vérifier la validité de son congé. Ce délit, commis par un militaire envers un officier, avait paru aux premiers juges constituer un délit militaire; mais la Cour de cassation a pensé avec raison que c'était une erreur. Pour qu'il y eût insubordination, il eût fallu que le militaire fût subordonné de l'officier de gendarmerie ; mais celui-ci n'avait sur lui aucune autorité militaire, puisqu'il était étranger à son corps ; c'était donc un délit commun justiciable des tribunaux ordi-

1. Cass., 9 août 1834, J. P. 26,865; 29 avril 1836, Bull. n° 134.

naires [1]. On a déjà vu que cette distinction a été consacrée par l'art. 57 de la nouvelle loi.

Mais cette distinction devient inutile lorsque le militaire est sous les drapeaux; tous les délits, soit communs, soit spéciaux dont il se rend coupable sont déférés, ainsi qu'on l'a déjà dit, à la juridiction militaire. La Cour de cassation n'a donc pas hésité à décider que le délit de contre-façon imputé à un officier général commandant une école militaire devait être jugé par un conseil de guerre [2]; et que le délit de violation de domicile dont un officier s'était rendu coupable à son corps est soumis aux mêmes juges [3]. Cependant cette règle, quelque absolue qu'elle soit, a reçu quelques exceptions.

En premier lieu, il est certains délits spéciaux dont les juges, formellement désignés par la loi, restent les mêmes quelle que soit la qualité des prévenus. Tels sont les délits de chasse [4], les contraventions aux lois de douanes et de contributions indirectes [5]. Ces faits commis par des militaires, même à leur corps, sont de la compétence exclusive des tribunaux correctionnels. Cette restriction a été consacrée par l'art. 273 du nouveau Code, qui porte: « Ne sont pas soumises à la juridiction des conseils de guerre les infractions commises par les militaires aux lois sur la chasse, la pêche, les douanes, les contributions indirectes, les octrois, les forêts et la grande voirie. » Il n'en est pas ainsi des contraventions de police: l'art. 271 laisse à la répression de l'autorité militaire, et punit d'un emprisonnement dont la durée ne peut exéder deux mois, « les contraventions de police commises par des militaires [6]. »

1. Cass., 1 déc. 1827, Bull. n° 292.
2. Cass., 9 fév. 1827, Bull. n° 32.
3. Cass., 18 juill. 1828, Bull. n° 211.
4. Avis du conseil d'État du 5 janvier 1806.
5. Cass., 18 sept. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 348.
6. * * Jugé, en conséquence, qu'un militaire ne peut être cité pour injures verbales devant le tribunal de simple police, la répression des contraventions de police appartenant à l'autorité militaire (Cass., 13 janv. 1873; S. 73. 1. 191).

En second lieu, le prévenu militaire peut avoir des complices qui n'aient pas cette qualité, et dans ce cas, d'après le principe posé dans l'art. 2 de la loi du 22 messidor an IV, ceux-ci l'entraînent devant la juridiction ordinaire. Peu importe, dans ce cas, que le délit soit commun ou militaire : dans aucun cas, le simple citoyen ne peut être arraché à ses juges naturels [1]; cette maxime domine la loi même. Elle a été maintenue par l'art. 76 du nouveau Code, qui est ainsi conçu : « Lorsque la poursuite d'un crime, d'un délit ou d'une contravention comprend des individus non justiciables des tribunaux militaires, et des militaires ou autres individus justiciables de ces tribunaux, tous les prévenus indistinctement sont traduits devant les tribunaux ordinaires. » Le principe de l'unité et l'indivisibilité de la poursuite domine donc toujours la compétence.

Mais qu'elle serait la juridiction, si un délit commun avait été commis de concert par deux militaires dont l'un se trouvait en congé ? La réponse était simple avant la loi nouvelle. Le militaire en congé n'est justiciable que des tribunaux ordinaires, à raison des délits de cette nature qu'il peut commettre ; le privilége s'efface à son égard, il rentre dans les rangs des citoyens ; dès lors, loin qu'on puisse l'arracher à cette juridiction, il y entraîne son complice [2]. Mais cette solution n'a pas été confirmée. L'art. 77 porte que « tous les prévenus, indistinctement, sont traduits devant les tribunaux militaires : 1° lorsqu'ils sont tous militaires ou assimilés aux militaires, alors même qu'un ou plusieurs d'entre eux ne seraient pas justiciables de ces tribunaux en raison de leur position au moment du crime ou du délit ; 2° s'il s'agit de crimes ou de délits commis par des justiciables des conseils de guerre ou par des étrangers. »

Mais il est nécessaire que l'existence des faits de complicité ne soit pas douteuse. Ainsi, le fait d'un militaire qui aurait déserté en emportant des effets appartenant à l'État serait de la compétence des conseils de guerre, encore bien que ces

1. Cass., 2 mai 1817, Bull. n. 36.
2. Cass., 6 sept. 1814, Bull. n. 128.

effets eussent été achetés par un individu non militaire ; car cet achat est un délit distinct, particulier, justiciable des tribunaux correctionnels ; ce n'est plus un fait de complicité, mais un fait principal. La jurisprudence a consacré ce point [1]. Et il a été reconnu, sous l'empire du nouveau Code, et en interprétant son art. 247, que le fait de vente, par un militaire, de ses effets d'équipement, et le fait du non-militaire qui les achète constituent deux délits distincts qui doivent être poursuivis séparément devant leurs juges naturels, celui du militaire devant le conseil de guerre, celui du non-militaire devant le tribunal correctionnel [2]. A plus forte raison faut-il décider que les prévenus militaires doivent être traduits devant les juges militaires, si les complices non-militaires ont été définitivement jugés [3].

Enfin, on ne doit pas perdre de vue que si, en règle générale, le militaire en congé redevient, pour les crimes ou délits qu'il peut commettre, justiciable des tribunaux ordinaires, l'art. 57 du Code de justice militaire a fait une exception à cette règle pour les crimes et délits prévus par le titre II du livre IV de ce Code, et qui sont relatifs à la discipline militaire. Ainsi, il a été jugé que le militaire en congé qui se rend complice, par recelé, de la vente d'objets de petit équipement faite par un militaire, délit prévu par les art. 244 et 247, ne cesse pas d'appartenir à la juridiction militaire [4].

44. On a disputé néanmoins à la juridiction militaire la connaissance du crime d'embauchage, lorsqu'il est commis par des individus non militaires. C'était une question très délicate. Ce crime, défini par les art. 1 et 2 de la loi du 4 nivôse an VI, est expressément attribué au conseils de guerre par l'art. 9 de la loi du 13 brumaire an V, quelle que soit la qualité de ses auteurs. Cette exorbitante attribution a révolté avec raison l'opinion publique : on a senti que l'embauchage n'était point un délit militaire ; qu'il y a toujours dans ce crime exis-

1. Cass., 25 juill. 1823, Bull. n. 103.
2. Cass., 11 avril 1867, Bull. n. 87.
3. Cass., 12 oct. 1838, Bull. n. 330.
4. Cass., 11 juin 1863, Bull. n. 159.

tence simultanée d'un fait de conspiration ou de complicité de conspiration contre la sûreté de l'État, et que ce dernier crime ne doit appartenir qu'au jury. La jurisprudence, après avoir longtemps résisté [1], a fléchi enfin devant l'opinion ; elle a renversé la loi parce qu'elle était injuste, et s'est investie d'un pouvoir presque législatif pour réédifier un principe que la législation avait méconnu [2]. L'argument sur lequel on s'est appuyé n'en est pas moins singulier ; on a dit : la disposition de l'art. 9 de la loi du 13 brumaire, relatif aux embaucheurs, a cessé d'exister, puisque l'art. 1er décrétait que les dispositions de cette loi ne seraient exécutées que *jusqu'à la paix*. Mais pourquoi cette disposition seule au milieu de toutes les autres ? La loi du 13 brumaire n'est-elle pas le Code militaire, le droit commun de cette juridiction exceptionnelle ? Comment en déclarer telle régle morte, tandis que les autres resteraient vivantes ? La restriction de l'art. 1er s'appliquait à toutes. L'abrogation de l'une d'elles proclamée, les autres tombaient d'elles-mêmes, car le même souffle les animait. Voilà l'inconvénient des mauvaises lois ; les tribunaux, après en avoir longtemps gémi, finissent presque malgré eux par leur imposer leurs périlleuses corrections. Il résulte maintenant des art. 64 et 208 du nouveau Code que les prévenus d'embauchage non militaires ne sont justiciables des tribunaux militaires que lorsque l'accusé est sur le territoire ennemi ou sur le territoire français en présence de l'ennemi : en temps de paix, ils demeurent justiciables des tribunaux ordinaires.

45. Mais le principe que les citoyens ne peuvent, sous aucun prétexte, être distraits de leurs juges naturels, reçoit une exception en état de siège. La Cour de cassation avait jugé, par deux arrêts, « que les conseils de guerre ne sont des tribunaux ordinaires que pour le jugement des crimes et des délits commis par les militaires ou par les individus qui leur

1. Cass., 12 oct. 1820, S.21.1.118 ; et affaire Caron, 2 et 22 août 1822; S.22.1.291 et 321.

2. Cass., 2 avril et 17 juin 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 295 1832, p. 29.

sont assimilés par la loi, et qu'ils deviennent des tribunaux extraordinaires lorsqu'ils étendent leur compétence sur des crimes ou des délits commis par des citoyens non militaires [1]. » Mais la loi du 9 août 1849 a modifié cette jurisprudence. L'art. 8 de cette loi porte : « Les tribunaux militaires peuvent être saisis de la connaissance des crimes et délits contre la sûreté de la république, contre la constitution, contre l'ordre et la paix publics, quelle que soit la qualité des auteurs principaux et des complices. » La Cour de cassation a successivement déclaré que la juridiction militaire a cessé, depuis cette loi, d'être inconstitutionnelle à l'égard des individus non militaires, pendant l'état de siége [2]; que cette juridiction peut, dans ce cas, connaître des faits qui ont motivé les mesures de l'état de siége [3]; qu'elle peut être étendue à tous les faits qui sont connexes aux faits d'insurrection, ou qui s'y rattachent [4]; enfin, que cette attribution n'est pas nécessaire, mais qu'elle est seulement facultative [5].

46. Jusqu'ici nous n'avons parlé que des *militaires* proprement dits, des individus appartenant à l'armée en vertu d'un brevet ou d'une commission, d'un appel ou d'un engagement. Mais les conseils de guerre ont aussi leurs justiciables *volon-*

1. Cass., 29 juin et 7 juill. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 154.

2. Cass., 12 oct. 1848, Bull. n. 251 ; 9 nov. 1848, Bull. n. 272 ; 9 nov. 1848, Bull. n. 273 ; 15 mars 1851, Bull. n. 100 ; 17 nov. 1851, Bull. n. 473.

3. Cass., 13 mars 1850, 21 sep. 1850, Bull. n. 85 et 321.

4. Cass., 17 nov. 1851, Bull. n. 473 ; 23 janv. et 10 avril 1852, *ibid.*, n. 33 et 120. — ** C'est ainsi qu'il a été jugé que le crime de tentative d'incendie, bien que compris dans le Code parmi les crimes contre les personnes, peut, à raison des circonstances et de la connexité avec d'autres crimes d'un caractère insurrectionnel, être considéré comme un crime contre la paix publique, rentrant dans la compétence des conseils de guerre (Cass., 30 nov. 1871, *Gourier*, D. 72.1.358 ; — 10 octobre 1872, *Decamas*, D.72.1.432). — Et encore, que, sous le régime de l'état de siége, les tribunaux militaires peuvent être saisis même de la connaissance des délits de presse, lorsque ces délits constituent la complicité par provocation de crimes et délits contre la paix publique (Cass., 9 nov. 1871, *Maroteau*, D.71.1.270 ; — 23 février 1872 ; *Garaudel*, D.72.1.150).

5. Cass., 26 août 1852, Bull. n. 217 ; 24 nov. 1864, n. 266.

taires ; ce sont les individus employés dans un corps de troupes quelconque, à des titres et à des services divers. C'est ici qu'on peut juger quel esprit anime le législateur. S'il est enclin au régime de l'exception, il étendra la juridiction militaire aux classes innombrables d'employés qui marchent à la suite de toute troupe un peu considérable. Ainsi l'a fait le législateur de l'an V. Il faut voir dans la loi du 13 brumaire les catégories nombreuses qui s'y trouvent énumérées. Si le législateur, au contraire, est ami du droit commun, il ne réservera la juridiction militaire que pour ceux des employés qu'il est indispensable, par la nature même de leur service, de soumettre aux règles d'une certaine discipline. L'art. 56 du nouveau Code se borne à déclarer justiciables des conseils de guerre « les individus assimilés aux militaires par les ordonnances ou décrets d'organisation. » L'exposé des motifs de la loi en a donné l'énumération [1].

La jurisprudence, soit en interprétant l'art. 10 de cette loi, soit par analogie, a successivement renvoyé devant la juridiction militaire : 1° un sous-traitant pour la fourniture des vivres, à raison des moyens illicites qu'il avait employés dans sa gestion [2] ; 2° le portier d'une ville de guerre, accusé d'homicide dans l'exercice de ses fonctions [3] ; 3° les domestiques des officiers, quand l'armée est en pays ennemi [4] ; 4° enfin, les musiciens des régiments, à raison des délits commis depuis leur incorporation [5]. La juridiction ordinaire a été déclarée, au contraire, légitimement saisie des délits commis : 1° par les domestiques des officiers dans les garnisons de l'intérieur [6] ;

1. V. en ce qui concerne la situation des vétérinaires, Cass., 12 avril 1864; Bull. n. 118.
2. Cass. 25 mars 1818, S.17.1.90.
3. Cass., 15 prair. an VIII, Bull. n. 362 ; 24 fév. 1860, Bull. n. 58.
4. Cass., 28 pluv. an II, Bull. n. 89 ; 5 mars 1818, S.18.1.273. — * * V. auss Cass., 29 juin 1876 ; Bull. n. 151.
5. Cass., 4 avail 1833, Jurisp. gén., 183•, 1, 276 : 23 déc. 1853, Bull. n. 318. Une ordonnance du 16 juin 1840 donne aux gardes-chiourmes une organisation militaire, d'où résulte la conséquence généralement admise qu'ils doivent être considérés comme militaires.
6. Cass., 25 mars 1818 (V. *suprà*).

2° par les gardes-magasins des subsistances militaires qui se trouvent, mais sans emploi, à la suite de l'armée [1] ; 3° par les entrepreneurs de charrois militaires [2] ; 4° par un cordonnier gagiste [3].

47. Rappelons un dernier principe. Les tribunaux militaires sont institués pour prononcer sur l'action publique, en tant qu'elle concerne les personnes soumises à leur juridiction. Le caractère des infractions que ces tribunaux ont à réprimer et la nature même de leur mission doivent donc avoir une influence nécessaire sur les pénalités qu'ils infligent.

Toute peine qui n'atteindrait que la fortune des coupables ne saurait être appliquée par un tribunal qui ne saisit que les personnes. Ce principe conservateur des juridictions, et surtout des limites qui séparent les tribunaux ordinaires et les tribunaux d'exception, doit être soigneusement maintenu. Il serait inusité d'appliquer la peine de l'amende aux délits militaires ; elles ne se trouve pas dans les lois actuelles. Il suit de là que les tribunaux militaires n'ont pas le droit de prononcer des réparations civiles ; les parties lésées par les délits militaires doivent donc s'adresser aux tribunaux civils [4]. Ce principe a été maintenu par les art. 53 et 54 du Code du 4 août 1857, qui sont ainsi conçus : « Art. 53. Les tribunaux militaires ne statuent que sur l'action publique. Ils peuvent néanmoins ordonner, au profit des propriétaires, la restitution des objets saisis ou des pièces de conviction, lorsqu'il n'y a pas lieu d'en prononcer la confiscation.— Art. 54. L'action civile ne peut être poursuivie que devant les tribunaux civils. »

48. Si maintenant on veut reprendre les lois et les arrêts que nous venons de parcourir, et les ramener à des termes simples, on trouvera que, dans l'état actuel de la législation, la juridiction militaire s'étend, quant aux personnes, à tous les individus militaires ou attachés à la suite de l'armée, qu'ils soient ou non présents au corps et sous les drapeaux,

1. Cass., 12 vend. an XIV, Bull. n. 215.
2. Cass., 12 avril 1834, Bull. n. 110.
3. Cass., 13 juill. 1843, Bull. n. 179.
4. Cass., 23 oct. 1817, Bull. n. 102.

s'ils sont en activité de service ; quant aux faits : 1° à tous les délits contre la discipline ; 2° à tous les délits, même communs, commis au corps et sous les drapeaux. Voilà les limites de cette juridiction : tous les autres délits communs accomplis hors du corps, même en état de désertion [1], tous les faits que la loi n'a pas nommément déférés au tribunal exceptionnel, reviennent aux tribunaux ordinaires, qui ont une juridiction générale, et qui ne peuvent être dépouillés que par la volonté formellement exprimée du législateur. D'où il suit qu'en définitive il faut entendre par délits militaires, dans le sens de l'art. 5 du Code pénal, tous les délits commis par des militaires ou des individus assimilés aux militaires, soit qu'ils soient communs ou spéciaux, lorsque leurs auteurs sont présents au corps, ou soumis, en quelque lieu que ce soit, à la discipline militaire.

49. Encore une observation sur cette matière. Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que de fixer les bornes de la juridiction de l'armée de terre ; mais les troupes de mer ont aussi leurs tribunaux et leurs délits spéciaux. A la vérité, la plupart des règles que nous avons rappelées s'appliquent à la fois aux deux juridictions militaires. Devant les tribunaux de la marine, c'est aussi la qualité des prévenus au moment des poursuites, c'est le lieu de la perpétration des délits qui règlent la juridiction. Un nouveau Code de justice pour l'armée de mer a été promulgué le 4 juin 1858 : ce Code, calqué sur le Code de l'armée de terre, en reproduit toutes les règles. Quelques dispositions particulières doivent cependant être indiquées.

La juridiction maritime se compose de plusieurs tribunaux, dont la plupart étaient naguère de véritables commissions, créées pour le jugement du délit et dissoutes après ce jugement. Les modifications opérées dans la juridiction militaire, et qui ont eu pour objet de la composer de tribunaux permanents, n'avaient point pénétré dans la marine. On y connaissait encore les conseils de justice et les conseils de guerre maritimes, les tribunaux maritimes et les tribunaux maritimes

1. Cass., 15 nov. 1811 et 22 fév. 1828, S.17.1.89 et 28.1.327.

spéciaux, dont l'organisation était évidemment incompatible avec les principes de notre droit public. Une voix puissante s'est chargée de signaler à l'attention publique l'existence illégale des tribunaux maritimes [1], et ce louable appel a provoqué la révision de cette inextricable législation. Cette réforme a été opérée, et l'art. 1er du nouveau Code est ainsi conçu : « La justice militaire maritime est rendue : 1° à terre, par des conseils de guerre et des conseils de révision permanents ; 2° à bord, par des conseils de guerre et des conseils de révision ; par des conseils de justice. »

On comprend aujourd'hui sous la dénomination de *délits maritimes* : 1° les infractions commises dans les ports et arsenaux contre leur police et le service maritime par des gens de mer; ces délits sont justiciables des tribunaux maritimes [2]. Deux questions se sont élevées sur l'application de cette juridiction spéciale aux simples citoyens qui ont commis un délit contre la police maritime dans les ports et arsenaux, et aux individus non marins, mais attachés au service de la marine, qui ont commis un délit dans les mêmes circonstances. L'art. 11 du titre XI du décret du 12 novembre 1806 déclare formellement les citoyens justiciables des tribunaux maritimes, et M. Legraverend avait vainement protesté contre cette exorbitante attribution, qu'une ordonnance du 14 octobre 1818 avait même confirmée [3]; et la Cour de cassation avait proclamé cette disposition inconciliable avec la charte et inapplicable aux individus non militaires [4]. Mais l'art. 88 du nouveau Code déclare que « sont justiciables des tribunaux maritimes, encore qu'ils ne soient ni marins ni militaires, tous individus auteurs ou complices de crimes et délits commis dans l'intérieur des ports, arsenaux et établissements de la marine, lorsque ces crimes et délits sont de nature à compromettre, soit la police ou la sûreté de ces établissements, soit le service maritime. » Quant aux personnes qui, sans

1. Réquisitoire de M. le procureur général Dupin.
2. Déc. du 12 nov. 1806 ; Code, 4 juin 1858, art. 88.
3. Législ. crim., t. 2, p. 688.
4. Cass., 12 avril 1844, Bull. n. 110.

être militaires, sont cependant attachées à divers titres au service de la marine, les lois militaires n'avaient nulle part déterminé celles qui doivent être considérées comme appartenant au corps de la marine et celles qui lui sont étrangères : devait-on procéder alors par assimilation, et recourir aux catégories de la loi du 13 brumaire an V ? La Cour de cassation l'avait ainsi décidé [1] ; et la nouvelle loi a confirmé cette jurisprudence en déclarant, par son art. 77, justiciables des conseils de guerre maritimes « les individus assimilés aux marins ou militaires de l'armée de mer par les ordonnances ou décrets d'organisation. »

2° Les délits commis par les forçats détenus dans les bagnes : des tribunaux maritimes spéciaux avaient été institués pour en connaître [2]. Les art. 70 et 71 du décret du 10 novembre 1806 soumettaient à ces tribunaux des personnes autres que des forçats. Cette disposition est tellement exorbitante que le gouvernement de la Restauration décréta, par simple ordonnance, que les forçats, détenus dans les bagnes seraient les seuls justiciables des tribunaux spéciaux [3]. L'art. 89 du Code du 4 juin 1858 a substitué à ces tribunaux les tribunaux maritimes permanents. Remarquons ici qu'un forçat est justiciable des tribunaux ordinaires à raison d'un délit commis dans un bagne, si ce delit n'a été poursuivi que depuis sa libération : c'est la qualité au moment des poursuites qui règle la compétence [4].

3° Les délits commis par toutes personnes embarquées sur les vaisseaux : ces délits sont déférés, suivant leur gravité, soit à des conseils de justice, soit à des conseils de guerre qui siègent à bord [5].

4° Enfin, les délits commis par les militaires de la marine et les marins, pendant qu'ils sont en activité de service ou portés présents, soit sur les contrôles de l'armée de mer, soit

1. Voy. le même arrêt et le réquisitoire.
2. Titre 8 du décret du 12 nov. 1808.
3. Ord. du 2 janv. 1817.
4. Cass., 4 fév. 1832. Bull. n. 39.
5. L. 22 août 1790, et déc. 12 nov. 1826.

sur les rôles d'équipage, ou détachés pour un service spécial : ces délits sont déférés aux conseils de guerre permanents des arrondissements maritimes, lorsque les bâtiments se trouvent dans l'enceinte d'un arsenal maritime, ou lorsque les marins sont en congé ou permission, et sont à la disposition du Gouvernement (art. 78 et 79).

Ainsi se trouvent définis les crimes et délits auxquels le Code pénal a appliqué la dénomination de *militaires* ; ainsi l'art. 5 reçoit sous ce second rapport une indispensable explication. Dans une théorie rationnelle, répétons-le, ces délits sont limités aux infractions à la loi militaire, et telle a été aussi l'intention des rédacteurs du Code pénal : les discussions préparatoires du Conseil d'Etat l'attestent; le vœu, exprimé au procès-verbal de ce conseil, d'une réforme de la législation militaire sur de nouvelles bases en est la preuve certaine. Mais ce vœu est resté stérile : la distinction tutélaire des délits *militaires* et *communs*, vainement essayée en 1808, est demeurée sans application. Il faut dire, comme nous l'avons fait en commençant ce chapitre, que, d'après les lois en vigueur, les délits militaires sont tous ceux que la loi défère à la juridiction militaire.

Et cependant, après avoir enlevé aux deux juridictions leurs limites naturelles et précises, le législateur, qui déférait aux tribunaux militaires des délits communs, a été contraint de se reporter aux pénalités communes pour les réprimer. De là tant de dispositions successives qui prescrivent aux juges militaires d'appliquer les peines portées dans la loi commune, dans le Code pénal, à tous les cas que la loi militaire n'aura pas prévus [1]. Etrange contradiction, par laquelle le législateur reconnaît à la fois le caractère commun des délits, et les livre aux tribunaux exceptionnels.

De là il résulte, en définitive, que l'art. 5, qui déclare les dispositions du Code inapplicables anx délits militaires, ne

1. Déc. 3 pluv. an III, tit. 13, art. 18 ; L. 21 brum. an V, art. 22 ; 1er mai 1812, art. 10; art. 267 du Code de just. milit.; art. 364 du Code de just. maritime.

doit pas être entendu en ce sens que ces dispositions seront appliquées par les tribunaux ordinaires seuls ; car la loi elle-même en provoque l'application par les tribunaux exceptionnels.

Cette application a fait naître, du reste, quelques questions graves : elles seront examinées dans la suite de ce livre.

CHAPITRE V.

DES PEINES.

§ Ier. — *Caractères généraux des peines.*

50. Caractère et but des peines en général. Systèmes qui ont pour objet l'exemplarité de la peine ou l'amendement du condamné.
51. Système qui donne pour but à la peine l'expiation du délit.
52. Distinction des effets de la peine et de sa fin.
53. Qualités que les peines doivent réunir pour être efficaces.
54. Dans quelle proportion elles doivent être infligées.
55. Distinction des peines afflictives et infamantes, des peines simplement infamantes et des peines correctionnelles.
56. Des peines infamantes et de leurs caractères.

§ II. — *De la peine de mort.*

57. De la peine de mort. Opinion de Beccaria.
58. Si la peine de mort est illégitime et si la vie de l'homme est inviolable.
59. Des effets de la peine de mort et de son efficacité.
60. Est-elle nécessaire ?
61. Examen des qualités et des vices de cette peine.
62. Résumé de ce qui précède. Il y a lieu de restreindre de plus en plus son application en attendant sa suppression.
63. Actes de la législation relatifs à la peine de mort.
64. Effet des circonstances atténuantes sur son application. Loi du 28 avril 1832.
65. Dernier état de la question.
66. Son application en matière de crimes politiques.
67. De l'aggravation de la peine de mort en matière de parricide.

§ III. — *Des peines perpétuelles.*

68. Des peines perpétuelles ; examen de leurs effets.
69. Législation relative à ces peines. Dans quels cas elles peuvent être abrégées par la grâce.
70. De la peine des travaux forcés à perpétuité.
71. Caractère de cette peine. Ses avantages et ses inconvénients. Loi du 30 mai 1854.
72. De la déportation. Examen de son caractère et de ses effets.
73. Modifications successives de la législation à l'égard de cette peine.

74. Lois du 9 septembre 1835, du 6 mars 1848, du 8 juin 1850 relatives à la déportation.
75. De la transportation. Décret du 29 juin 1848, loi du 24 janvier 1850. Décret du 8 décembre 1851. Décret du 28 mars 1852. Loi du 27 février 1858.

§ IV. — *Des peines temporaires.*

76. Peines des travaux forcés à temps. Peines de la réclusion.
77. Application du régime pénitentiaire aux condamnés à la réclusion.
78. Principes de ce régime.
79. Les différents modes d'application et son efficacité.
80. La peine de la réclusion est la base de tous les systèmes de pénalité.
81. Peine de la détention.
82. Rapprochement des divers systèmes de répression employés chez les différents peuples.

---

§ Ier. — *Considérations générales sur les peines.*

40. La nécessité dès peines dépend de leur efficacité. Cette efficacité forme, avec la criminalité morale du délit et le péril social que ce délit entraîne, les trois conditions de la justice pénale: les unes doivent se rencontrer dans les actions qu'elle condamne; l'autre, dans les châtiments qu'elle inflige. Les peines sont efficaces, lorsqu'elles atteignent le but que la justice humaine se propose en les prononçant.

Quel est ce but? Cette question fondamentale de tout système pénal, et que la loi elle-même devrait trancher peut-être pour fixer les interprétations et faire connaître la fin vers laquelle elle tend, a été jusqu'ici diversement résolue. Les publicistes, trop préoccupés de systèmes, ont assigné aux peines légales un objet différent, suivant les théories qu'ils voulaient établir. Bentham, entraîné par cette idée que la pensée dominante des peines est l'utilité générale, enseigne que leur but principal est la prévention des délits ou l'intimidation. Le châtiment est, d'après cette théorie, un sacrifice indispensable pour le salut commun; le mal qu'il produit doit être considéré comme une défense que fait l'Etat en vue d'un profit. Ce profit, c'est la prévention des crimes [1].

1. Théorie des peines, p. 15 et 196.

On ne prétend point assurément dénier à la peine son caractère d'exemplarité ; mais peut-on lui imprimer ce caractère aux dépens du coupable, aux dépens de la justice ? Peut-on imposer à un individu la souffrance et la mort pour l'édification de ses semblables ? Si l'intimidation était le but principal des châtiments, la loi aurait pour tendance nécessaire d'effrayer, d'épouvanter par ses peines. Les mesures les plus excessives seraient celles qu'elle devrait préférer ; peu lui importerait qu'elles fussent injustes.

M. Charles Lucas, dans l'exposé de son système pénal, reprenant une très ancienne doctrine, attribue à la peine un autre but, la réforme du condamné [1]. Cette réforme est, aux yeux de ce criminaliste, le caractère essentiel et fondamental de la répression. La législation pénale reçoit, pour ainsi dire, sa sanction du système pénitentiaire. C'est ainsi qu'il propose d'élargir le condamné lorsque sa régénération morale est suffisamment présumée ; car, dans ce cas, il suppose que la justice l'a mal apprécié : le contrôle de l'expérience doit rectifier cette erreur. La mesure de la peine dépend en quelque sorte du condamné lui-même, qui peut en abréger la durée et en modifier l'exécution par sa conduite.

Nous nous hâtons de reconnaître qu'une peine impuissante à produire aucun amendement dans les condamnés serait en général une peine défectueuse ; mais autre chose est de voir dans cet amendement l'un de ses effets nécessaires, autre chose est d'y placer son objet principal. L'amendement du condamné est précieux en ce qu'il garantit l'avenir ; mais suffit-il pour réparer le passé ? La peine est une réparation solennelle due à la société. Cette dette du coupable envers la justice humaine peut-elle complétement se payer avec du repentir ou des regrets ? Et comment constater la véracité des promesses, la sincérité des larmes ? Comment s'assurer que la régénération ne s'est pas bornée à effleurer les habitudes extérieures, qu'elle est descendue dans le cœur, qu'elle sera durable ? Il n'est point donné à la justice humaine de sonder le fond des consciences.

1. Du système pénal, p. 213, 272, 308.

51. La théorie qui repose sur la loi morale, que M. Rossi a développée, reconnaît à la peine un but tout différent et plus élevé : la rétribution du mal pour le mal, l'expiation du délit. Ce n'est plus, sous ce point de vue, un mal infligé dans une utilité générale, afin de produire sur le public une certaine impression, ou de régénérer un coupable corrompu : c'est une punition infligée par la justice pour réparer le mal du délit [1].

L'application de cette théorie peut soulever des difficultés que nous avons déjà exposées. Toute pénalité qui a l'expiation pour but repose sur plusieurs éléments, qui sont l'intention de l'agent, le rapport de l'acte avec la loi morale enfreinte, enfin un mal correspondant au degré de criminalité de l'agent et de l'acte ; or la justice humaine a-t-elle les moyens de saisir avec exactitude l'intention ? peut-elle remonter, dans tous les cas, et avec certitude, jusqu'à la loi morale ? enfin, même en supposant ces nuages dissipés, ne sera-t-elle pas inhabile encore à traduire dans une peine exactement correspondante la criminalité de l'acte inculpé ? On doit le dire : la conscience est disposée à accueillir cette mission élevée et presque religieuse du châtiment ; elle aimerait à reconnaître dans les actes de la justice humaine une empreinte de sa divine origine ; elle se plairait à l'entendre invoquer les mêmes lois que la justice providentielle ; mais l'imperfection de ses moyens d'application vient répandre quelque incertitude sur ce but de la répression ; il ne suffit pas que la justice se proclame une mission, il faut qu'elle puisse l'accomplir ; et, suivant l'aveu de M. Rossi lui-même [2], faute de quantités certaines et de données fixes,. le problème est encore à résoudre.

52. Sénèque, en reprenant les idées de Platon, avait donné à la loi le triple but de réformer, d'instruire et d'intimider : « *In vindicandis injuriis, hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque debet, ut eum quem punit emendet, aut ut pœna ejus cæteros reddat meliores, aut ut, sublatis malis,*

1. Traité du dr. pén., t. 1, p. 218 et 219.
2. Traité du dr. pén., t. 3, p. 102.

securiores cœteri vivant [1]. » Il est certain, en effet, que la peine doit avoir ces trois conséquences: elle doit corriger, elle doit intimider, elle doit assurer la sécurité publique. Mais il ne faut pas confondre les effets de la peine avec sa fin. Il ne faut pas surtout rechercher les effets par tous les moyens possibles, et même, suivant le terme de Sénèque, *sublatis malis*.

A nos yeux, l'intimidation, la réforme ou l'expiation ne sont point, à proprement parler, le but du châtiment, mais bien les moyens de l'atteindre. Et, en effet, la fin de toute pénalité est le maintien de l'ordre dans la société, la protection du droit. Tous les systèmes divergents viennent se confondre dans ce principe commun. C'est vers cette fin de la peine que tendent à la fois, et par des efforts instantanés, l'intimidation qu'elle inspire, l'expiation qu'elle proclame, la réforme qu'elle s'efforce d'opérer.

Ainsi la crainte de la peine protège l'ordre social en agissant sur les hommes qui, assez corrompus pour n'être pas retenus par la seule immoralité du délit, calculent et mettent en balance le plaisir qu'il peut leur procurer et le mal du châtiment ; la réforme, en enlevant au coupable lui-même le désir de commettre un nouveau délit; l'expiation, si elle est possible, en donnant satisfaction à la conscience publique, en proclamant comme un haut enseignement le mal et sa réparation, le crime et sa punition. Mais tous ces moyens d'action sont renfermés dans la même peine; ils concourent à la rendre efficace; ils lui prêtent leur force; ils gravitent vers l'accomplissement de sa mission, qui est la conservation de la société.

53. Il suit de là que la peine, pour atteindre son but social, doit nécessairement produire les effets divers que lui donnait Sénèque, et qui sont de réformer, d'instruire et d'intimider. La peine la plus propre à assurer ce triple effet est donc la plus efficace; ses premières qualités sont donc d'être *exemplaire*, *réformatrice*, *instructive*: exemplaire, en produisant un mal sensible à tous les yeux, et dont l'impression puisse

1. *De clementiâ*, lib. 1. cap. 22 ; et *De irâ*, lib. 1, cap. 16, et lib, 2, cap. 31.

intimider et retenir ceux qui seraient portés à imiter le coupable; réformatrice, en réformant le caractère et les habitudes vicieuses du condamné; instructive, soit par son analogie avec le délit, en infligeant un mal qui soit dans une juste proportion avec sa gravité, soit par son autorité légale, en entretenant et fortifiant dans les âmes la conviction de la perversité des actes qu'elle punit. C'est par là surtout qu'elle en détourne les peuples, et qu'elle devient, dans le vrai sens de ce mot, exemplaire.

Mais ce ne sont pas là les seules propriétés que les peines doivent posséder. Il faut encore qu'elles soient — *personnelles*: le châtiment ne doit châtier que l'auteur du crime. Trop souvent il blesse indirectement la famille du coupable; l'amende la plus légère diminue son revenu; l'emprisonnement peut être sa ruine. Le devoir du législateur est de restreindre ces effets indirects dans les limites les plus étroites, par le choix de ses peines. — *Divisibles*, c'est-à-dire susceptibles de plus ou de moins, soit en intensité, soit en durée. Les nuances de la culpabilité sont infinies; il faut que la peine, souple et variée, puisse grandir et se proportionner avec elles. — *Égales et certaines*: la peine doit emporter la privation d'un bien; mais ce bien devrait avoir la même valeur à l'égard de tous. Cependant l'inégalité et l'incertitude sont inhérentes à la plupart des applications pénales. Existe-t-il deux prévenus qui soient placés dans les mêmes circonstances, dont l'âme, empreinte de la même sensibilité, soit au même degré accessible à la honte, aux regrets, à la souffrance? La même peine les frappe inégalement; le mal qui effleure l'un pénètre l'autre au cœur. C'est à la loi à donner des degrés à ses peines, au juge à les graduer d'après la sensibilité qu'il rencontre dans l'agent. — Enfin *réparables*: la justice humaine n'est point infaillible; les peines dont elle dispose ne devraient donc point être irréparables. Mais l'objection tirée de cette qualité des peines ne s'applique complètement qu'à la peine de mort.

Tels sont les différents caractères que les peines doivent plus ou moins réfléchir pour remplir leur mission de justice et de conservation. Cette énumération, dont nous avons em-

prunté la forme analytique à Bentham, n'est point un travail superflu. Comment, en effet, porter un jugement sur les peines, sans bien connaître d'abord les qualités qu'elles doivent posséder? Comment se déterminer dans leur choix sans raisons claires et distinctes? Il reste encore à examiner dans quelle proportion les peines doivent être infligées.

54. Tous les criminalistes répètent cette maxime de la loi romaine : *Pœna debet commensurari delicto* [1]; mais il faut avouer avec Bentham [2] que, renfermée dans des termes aussi généraux, elle est plus édifiante qu'utile. Il faudrait expliquer quelle est la proportion de cette peine avec le délit, et d'après quelle règle à tel délit on doit appliquer telle mesure de la peine. Le même publiciste pose en principe que le mal de la peine doit surpasser le profit du délit ; et de là il déduit comme des corollaires : que si l'acte fait supposer une habitude, la peine doit être assez forte pour atteindre les actes mêmes présumés du délinquant ; que plus un délit est nuisible, plus on doit hasarder une peine rigoureuse pour la chance de le prévenir.

Mais d'après quelle base déterminer le profit d'un délit? D'après quels rapports établir une peine supérieure à ce profit? Ce système, qui tend à réduire à un calcul matériel la science de la législation, ne repose lui-même que sur des données plus ou moins vagues et insaisissables. N'est-il pas à craindre ensuite que pour combattre, comme l'eût dit Bentham, l'espérance du profit par la crainte de la perte, le législateur n'entre dans la voie dangereuse de l'exagération ? Les premières conséquences que le publiciste fait découler de son principe ne sont-elles pas elles-mêmes la preuve de cette tendance irrésistible ?

Nous retrouvons dans les autres systèmes la même difficulté d'application. La peine doit, suivant M. Rossi, se proportionner à la nature du devoir violé et à la moralité de l'agent;

1. L. 11, ff. *De pœnis*. — On lit également dans la loi 1, cod. Théod., *De crim. pecul.* : « *Placuit tam severam animadvertendi esse censuram, ut par pœna possit flagitiis inveniri et condignis nefas cruciatibus expiare.* »
2. Théorie des peines, p. 23 et 24.

mais comment apprécier avec exactitude dans chaque prévenu ces deux éléments ? « Le rapport de la peine avec le délit, répond ce publiciste, est une vérité d'intuition ; elle ne se démontre pas. C'est la notion du bien et du mal, du juste et de l'injuste, qui s'applique au fait de l'expiation ; c'est dans la conscience seule que nous pouvons en trouver la juste application ; c'est elle qui doit nous indiquer la limite de la peine morale, de cette peine que la justice sociale ne doit jamais dépasser[1]. » Cette limite, on ne peut le méconnaître, est bien vague et bien incertaine ; comment nous assurer que les jugements de la conscience nous ont conduits à une appréciation vraie ? La passion, les intérêts, les préjugés ne peuvent-ils pas à notre insu en altérer le résultat ?

Néanmoins on peut admettre, dans l'absence d'un principe plus précis, que ces jugements de la conscience se révèlent à l'égard de certains faits, empreints d'une naïveté, environnés d'une unanimité, qui les revêtent du caractère de la vérité même. Cette sorte de sanction populaire, quand elle a pour objet l'application d'une peine, doit servir de point d'appui au publiciste ; c'est l'expression formulée de la conscience humaine ; c'est l'axe sur lequel doit reposer tout le système pénal. C'est ensuite par analogie, par induction de ce fait à d'autres faits, qu'il pourra découvrir, sinon avec une complète exactitude, du moins par approximation, les limites de la puissance pénale à l'égard de chaque délit. La pénalité doit donc être mesurée sur la gravité intrinsèque du délit, mais elle doit l'être à la fois sur l'impulsion criminelle qui porte à le commettre ; car le nombre des délits révèle la force du péril social et de la résistance qu'il convient d'y opposer. Mais cette gradation ne doit jamais être établie de manière à ce que le châtiment paraisse à la conscience disproportionné avec le fait punissable. C'est à ces règles, trop vagues sans doute encore, que se réduisent toutes les théories sur la mesure des peines.

Nous allons faire l'application de ces principes généraux à l'examen successif de chacune des pénalités de notre Code.

1. Traité de dr. pén., t. 3, p. 102.

55. La première disposition que nous y rencontrons est la distinction des peines afflictives et infamantes, des peines simplement infamantes, et des peines correctionnelles. Cette distinction, qui a été puisée dans l'ancienne législation, avait été critiquée par Beccaria [1].

Elle fut contestée dès la discussion du Code pénal au Conseil d'Etat. On lit en effet dans les procès-verbaux de cette discussion que l'un des conseillers (M. Regnault) proposait de se borner à énumérer les peines : « toute peine, ajoutait-il, étant infamante en matière criminelle. » Cette proposition fut repoussée par M. Régnier, qui soutenait qu'il n'y a de peines infamantes que celles auquelles la loi donne ce caractère. M. Corvetto et M. Berlier répliquèrent que l'opinion peut n'être pas toujours d'accord avec la loi sur ce point, et que la distinction était au moins inutile ; mais elle fut néanmoins maintenue, sur l'observation de M. Merlin, que la constitution n'attachait qu'aux seules peines infamantes la privation des droits politiques [2].

La révision du Code en 1832 ne l'a point effacée : on craignait de faire cette révision trop profonde, d'attaquer les bases mêmes du Code ; mais aucune voix ne s'est élevée pour contredire M. Decazes, lorsqu'il dit à la Chambre des pairs : « C'est ici qu'il y aurait lieu de traiter cette grave question de savoir si le Code a sagement fait d'établir la distinction des peines infamantes et des peines correctionnelles ; si c'est une sage disposition du législateur que celle qui outrage les individus qu'elle frappe, qui les déclare infâmes alors que l'infamie n'est pas toujours attachée par l'opinion au crime dont ils se sont rendus coupables, surtout quand il s'agit de crimes politiques, que l'opinion ne frappe pas de la réprobation d'infamie. Il eût été plus rationnel de faire disparaître cette distinction de peines infamantes et de peines non infamantes, distinction que la loi fait vainement, puisque l'opinion publique ne la sanctionne pas toujours, et qu'en politique les actions changent de nature suivant les époques et

1. Traité des délits et des peines § 18.
2. Séance du 4 oct. 1808, procès-verbaux ; Locré, p. 109.

les gouvernements, et que telle action réputée crime sous tel régime attire des récompenses sous le gouvernement suivant.»

M. Rossi, dont nous aimons à rappeler les vues élevées, a dit également : « En songeant aux moyens de punition qu'on appelle peines infamantes, la première idée qui se présente à l'esprit est de demander : Existe-t-il telle chose qu'une peine infamante [1] ? » En effet, la conscience publique comprend et juge l'immoralité des actions, et elle apprécie mieux que la justice pénale leur valeur relative, les nuances qui doivent leur faire encourir l'éloge ou le blâme. Or, de deux choses l'une : ou l'opinion publique, flexible à l'impulsion de la loi, déclarera elle-même infâme l'auteur de ces actes ; ou, comme il est arrivé maintes fois, le peuple entourera de ses hommages celui que le juge aura noté d'infamie, et voilera sa flétrissure par des couronnes. Dans le premier cas, le législateur fait une chose immorale et dangereuse, en aggravant la mesure du blâme qui est dû aux actes qu'il punit, en troublant par l'influence qu'il exerce les notions vraies et instinctives de la conscience publique. Dans la seconde hypothèse, il fait un acte inutile, qui n'est propre qu'à décrier la loi elle-même, et à jeter le mépris sur ses dispositions.

Si les peines, même simplement correctionnelles, sont méritées, ne sont-elles pas, aux yeux du public et des juges, des peines infamantes ? A la vérité, il y a divers degrés dans l'infamie ; mais ces degrés ne sont susceptibles d'aucune appréciation rigoureuse ; ils varient selon les idées que chacun se fait de la moralité des personnes ou de la nature des devoirs sociaux, suivant des sentiments moraux qui ne se laissent point gouverner au gré de la loi positive. « Toutes les peines, a dit M. Charles Comte, quand elles ne privent pas de la vie, sont afflictives et correctionnelles, et toutes les actions qui méritent châtiment sont plus ou moins infamantes [2]. »

56. Remarquez, au reste, que cette distinction entre les peines a un effet bizarre : c'est de faire rejeter l'infamie sur la forme du jugement, sur l'application de la pénalité, et non

1. Traité de dr. pén., t. 3, p. 189.
2. Considérations sur le pouvoir judiciaire, p. 93.

sur l'action elle-même : c'est de la faire dépendre non du fait intrinsèque du crime, mais du fait extérieur de la peine. Cependant la honte est dans le délit : elle ne peut être ailleurs. Le législateur ne peut s'en rendre dispensateur officiel.

Enfin la peine infamante, perpétuelle de sa nature, brise violemment tous les liens qui unissaient le condamné à la société : elle le sépare de cette société par une barrière insurmontable. Quel espoir peut encore nourrir celui qui a été déclaré infâme par un jugement ? L'un des résultats les plus funestes est de détruire dans le condamné toute espérance de réformation. « L'infamie, a dit Bentham, quand elle est portée à un haut degré, loin de servir à la correction de l'individu, le force, pour ainsi dire, à persévérer dans la carrière du crime. C'est un effet presque naturel de la manière dont il est envisagé par la société. Sa réputation est perdue ; il ne trouve plus de confiance ni de bienveillance ; il n'a rien à espérer des hommes, et par conséquent rien à craindre ; son état ne saurait empirer. S'il ne peut subsister que de son travail, et que la défiance et le mépris général lui ôtent cette ressource, il n'en a pas d'autres que de se faire mendiant ou voleur [1]. »

Les peines infamantes ne renferment point, du reste, les principales propriétés que les peines doivent en général posséder pour atteindre leur but. Elles sont *immorales*, puisqu'elles élèvent un obstacle à peu près invincible à la réforme du condamné ; *indivisibles*, puisqu'elles ne permettent pas de distribuer le blâme suivant le degré et les nuances de la criminalité ; *inégales*, puisque, légères pour les uns, pour les autres elles sont accablantes ; *irréparables* enfin, puisqu'elles empreignent le condamné d'une indélébile flétrissure. A la vérité, elles sont *exemplaires* ; mais le législateur doit-il acheter cet effet aux dépens de la morale et de l'humanité ?

Nous poserons donc, comme une première règle, qu'il ne doit point exister de peines infamantes proprement dites ; qu'en règle générale les peines afflictives doivent être *correc-*

1. Théorie des peines, t. 1, p. 127 ; et M. Livingston, Report on the plan of a penal code, p. 21.

tionnelles; en un mot, que la loi doit se borner à dresser l'échelle de ses peines, à en faire l'énumération, en laissant à l'opinion publique la mission de distribuer l'infamie sur les actions qu'elle punit. Cette règle est devenue élémentaire.

§ II. — *De la peine de mort.*

57. Au premier degré de l'échelle pénale nous trouvons la peine de mort.

Les longues discussions que l'emploi de cette peine a soulevées ne sont ignorées de personne. Il n'entre point dans le plan de cet ouvrage de reprendre une controverse à peu près épuisée, et de reproduire des argumentations tant de fois reproduites [1]. Une tâche nouvelle nous est imposée: c'est de constater l'état de cette haute question; c'est de la présenter telle que la science, l'opinion publique et la législation l'ont faite; en un mot, de rechercher les circonstances actuelles dans lesquelles elle se produit.

La question a souvent changé de face. Beccaria, lorsqu'il l'a soulevée, nia le droit de la société de mettre l'un de ses membres à mort, parce qu'à ses yeux la société avait un

1. Des délits et des peines, par Beccaria, chap. 17; Commentaire du Traité des délits et des peines, par Voltaire; Principes des lois, de Mably; les Lois pénales, t. 1, 2e part., par M. de Pastoret; Théorie des lois criminelles, par Brissot-Warville; Dissertation sur la peine de mort, par Nicolas Pinel; le Rapport de Lepelletier-Saint-Fargeau sur le Code pénal de 1791; Théorie des peines, de Bentham; Théorie du Code de 1810, par M. Target; de la Peine de mort en matière politique, par M. Guizot; du Système pénal, par M. Charles Lucas; le Rapport au Sénat de la Louisiane, par Edw. Livingston; le Traité du droit pénal, par M. Rossi; M. Urtis, de la Conservation de la peine de mort; les discussions des Chambres; de la Peine de mort, par Mittermaïer; de la Peine de mort, par d'Olivecrona, etc., etc. — ** V. aussi les Lettres de M. Charles Lucas au ministre de la justice de Prusse (Revue critique, 1870, p. 155, 200); — la Peine de mort, par Bonnier-Ortolan (Revue pratique, t. XIX, p. 5); — l'Introduction philosophique à l'étude du droit pénal, de Tissot. — V. encore le rapport et la discussion sur la proposition d'abolition, de M. Schœlcher (*Journal Off.*, 22 juin 1876).

contrat pour principe: or, disait-il, quel est celui qui aurait voulu céder à autrui le droit de lui ôter la vie? Comment supposer que, dans le sacrifice que chacun a fait de la plus petite portion de liberté qu'il ait pu aliéner, il ait compris le plus grand des biens[1]? Nous avons vu précédemment que cette hypothèse était chimérique; mais, en l'admettant même, les déductions que Beccaria en tire n'étaient point irrésistibles. Nous ne nous arrêterons pas à l'assertion de Rousseau, qui a prétendu que les malfaiteurs devaient être mis à mort par le droit de la guerre, parce qu'ils s'étaient déclarés les ennemis de la société par leurs forfaits[2]. Cet écrivain a pris le soin de se réfuter lui-même, lorsqu'il a dit : « On n'a le droit de tuer l'ennemi que quand on ne peut le faire esclave[3]. » Mais Filangieri avait répondu avec plus de sagacité que tous les hommes, ayant dans l'état de nature le droit de punir la violation des lois naturelles, et d'ôter par conséquent la vie au transgresseur, ce droit avait été transmis à la société elle-même et déposé entre les mains du pouvoir social[4].

58. La discussion s'est transportée sur un autre terrain. On a dit : La peine de mort est illégitime; l'homme a un droit personnel à l'existence, et ce droit est inviolable.

Deux arguments principaux ont été opposés à cette théorie.

La justice sociale est un devoir et la peine en est un élément, un moyen nécessaire, et par conséquent légitime. La peine est une souffrance, la privation d'un bien. Tout bien peut offrir matière de pénalité. Le bien qu'enlève la peine capitale est la vie corporelle. Quels sont donc les motifs particuliers qui rendraient illégitime en soi ce moyen de punition ? « En supposant, dit M. Rossi[5], que la mort d'un homme coupable d'assassinat soit le seul moyen d'atteindre le but que le devoir impose à la justice sociale, comment affirmer que le bien de l'existence ne pourra être enlevé à l'assassin ? »

1. Traité des délits et peines, ch. 16.
2. Contrat social, liv. 2, ch. 5.
3. *Ibid.*, liv. 1, ch. 4.
4. Liv. 3, p. 11, ch. 5.
5. Traité du droit pénal, t. 3, p. 113.

On ajoute que personne ne conteste à l'individu attaqué et menacé de mort par son agresseur le droit de tuer. Or, ce droit de légitime défense n'existe-il pas pour les peuples comme pour les individus ? Si l'inviolabilité de la vie humaine fléchit devant le droit de la légitime défense individuelle ne doit-elle pas fléchir également devant le droit de la défense sociale ? Et puis « si l'on conteste à la société le droit d'infliger la mort, on sera conduit à lui interdire aussi d'imposer la détention, le travail forcé, la déportation, l'exil même, toutes les souffrances physiques ou morales qui abrégent la vie. Si l'Etat n'a aucun droit sur celle de ses membres, il n'est pas plus autorisé à l'abréger qu'à y mettre un terme [1]. »

En second lieu, si l'homme avait à l'existence un droit personnel qui fût inviolable, comment concilier cette théorie absolue avec l'unanime assentiment des peuples, qui, dans tous les siècles, à toutes les époques, soit de civilisation, soit de barbarie, n'ont point hésité à admettre la peine de mort, n'ont point été troublés de son appareil et de son exécution ? Ce fait inébranlable a résisté à toutes les tempêtes politiques, à toutes les transformations sociales. Il a suivi les peuples dans leurs migrations ; tous les cultes l'ont reconnu sans le combattre ; les progrès de l'intelligence, le développement moral de l'humanité ne l'ont point détruit. La peine de mort n'a jamais été abolie au sein d'un peuple d'une manière complète et permanente. Comment donc, en présence de l'histoire, accuser la société d'assassinats juridiques ? Comment flétrir la peine comme illégitime, lorsqu'on ne fait entendre ni le cri de la conscience, ni le frémissement de la réprobation publique ?

Ce dernier argument ne nous paraît pas avoir une grande puissance. Si la longue application d'une coutume suffisait pour établir sa légitimité, toutes les tortures, tous les supplices, toutes les servitudes auraient leur justification. Les siècles auraient donné un titre irréfragable à l'esclavage, au servage, à tous les despotismes, à toutes les spoliations, à toutes les cruautés pénales. Toutes les protestations du droit auraient

1. Benjamin Constant, Commentaire sur Filangieri.

été stériles, tous les cris de l'humanité outragée étouffés. Il ne suffit plus de dire : cela existe parce que cela a toujours existé, il faut prouver que ce qui existe est conforme au droit, à la raison.

Le premier argument a beaucoup plus de force. Il n'est pas toutefois exact de dire que le droit de tuer dans le cas de légitime défense emporte nécessairement le même droit dans le cas de la répression. La légitime défense suppose un péril instantané qui ne peut être repoussé que par la mort de l'agresseur. La répression suppose, non que la société ait été mise en péril, mais que sa sûreté a été inquiétée par le fait d'un individu, et elle frappe cet individu, non pour se défendre contre lui, mais pour assurer la paix de l'avenir. Elle n'est donc sollicitée ni par le même péril, ni par la même urgence, elle peut choisir ses modes d'action, elle peut combiner ses moyens de conservation. Il n'est pas exact non plus d'étendre à l'emprisonnement et à la privation de certains droits la raison qui protège la vie de l'homme, *quem deus sanctum esse voluit*, dit Lactance[1]. On ne saurait confondre l'existence même d'un être avec les droits qui lui ont été donnés pour accomplir sa destinée. S'il abuse de ces droits, on comprend qu'on puisse les suspendre, mais peut-il en résulter la destruction de l'être lui-même? La vie et la liberté sont-elles choses tellement identiques que parce qu'on pourra enchaîner celle-ci, on puisse supprimer l'autre?

Ce ne sont point là des objections qui soient irréfutables. Mais, ce qui est plus grave, c'est l'affirmation incessamment reproduite que la peine de mort est indispensable au maintien de l'ordre dans la société. S'il est établi que l'ordre ne peut exister si l'Etat ne dispose pas de cette peine suprême, que l'échafaud est la pierre angulaire de l'édifice, il faut renoncer à la supprimer, car la société humaine a le devoir de vivre pour assurer les destinées des êtres qui la composent, et elle est armée des droits essentiels à sa conservation. La question est alors de savoir si cette nécessité existe, en d'autres termes, si cette peine a toute l'efficacité, tous les effets qu'on lui suppose.

1. De vero cultu, lib. VI.

59. Cette efficacité a été mise en doute dans les savantes études récemment publiées par M. Mittermaïer [1] et M. d'Olivecrona [2]. Déjà, il y a un demi-siècle. M. Livingston disait: « Que demandons-nous? Que vous abandonniez une expérience imperturbablement suivie depuis cinq ou six mille ans, modifiée de toutes les manières et sous toutes les formes qu'a pu inventer le génie de la cruauté dans tous les âges, et qui a toujours manqué son effet. Vous avez fait votre essai: il a été accompagné d'une dévastation incalculable de l'espèce humaine, d'une dégradation affligeante de l'entendement humain; il a été trouvé souvent fatal à l'innocence, fréquemment favorable aux criminels, toujours impuissant pour réprimer le crime. Vous avez à votre gré et sans obstacle poursuivi l'œuvre de la destruction, toujours témoins de la progression des crimes, et toujours supposant qu'une progression de sévérité était le seul moyen de les réprimer. Mais comment se fait-il que, n'apercevant, malgré tout, nulle relâche dans la répétition, nulle diminution dans le nombre des crimes, il ne vous soit pas venu une seule fois dans l'esprit que la douceur pourrait réussir peut-être où avait échoué la sévérité [3]. » Sans vouloir affaiblir l'effet de ces éloquentes paroles, nous nous permettrons une seule observation. Sans doute on peut soutenir, en s'étayant des témoignages de l'histoire, que là où les supplices les plus cruels ont existé, les crimes les plus atroces se sont manifestés. Car, ainsi que le remarque Bentham, les malfaiteurs s'endurcissent à la pensée du sort qui les menace, et leurs actes les plus effroyables de barbarie ne sont alors que des représailles. Mais peut-on attribuer à la seule peine de mort une progression dans les crimes, progression qui du reste pourrait être fort contestée? Cette assertion serait sans doute hasardée. En général, les délits n'ont point varié à raison des peines, mais à raison des mœurs et des temps. Nous ne savons si la suppression de la peine de mort les rendrait plus nombreux ou plus terribles, et

1. De la peine de mort, par Mittermaïer.
2. De la peine de mort, par d'Olivecrona.
3. Introductory report on a penal code, p. 97.

nous attendons avec un vif intérêt le résultat des essais que plusieurs États de la Suisse, de l'Allemagne et des États-Unis ont tentés. Mais il nous est difficile d'admettre que l'application de cette peine soit comme une semence féconde de crimes et que de l'échafaud même descendent les attentats qui l'ont fait dresser.

Nous ne pouvons non plus adopter cette idée que la peine de mort est méprisée des criminels. C'était l'opinion de Lepelletier de Saint-Fargeau, lorsqu'il disait dans son rapport à l'Assemblée constituante : « Les grands criminels ont toujours de commun avec les plus vertueux des hommes, les héros même, le mépris de la mort [1]. » Les faits isolés que l'on cite à l'appui de cette assertion nous touchent peu ; cette peine est la plus redoutée, et elle doit l'être, c'est une loi de la nature humaine. Toutefois on doit remarquer que, toute-puissante lorsque l'intérêt est le seul mobile du crime, son pouvoir s'affaiblit quand ce crime est le fruit des passions, et qu'il devient plus faible encore, quand ce sont des idées qui ont mis les armes à la main, comme en matière politique.

60. Est-elle nécessaire ? On reconnaît que la société est soumise aux idées de chaque époque ; les vérités sociales ne lui arrivent qu'une à une, et sa conscience est en sûreté tant qu'elle se conforme à l'idée universellement admise. Ainsi, tant que la nécessité de la peine de mort sera son dogme, elle pourra appliquer cette peine sans blesser les lois de la morale. Mais cette nécessité peut se modifier avec les temps, avec les peuples ; il est évident qu'elle n'est pas la même aux époques de barbarie et aux époques de civilisation, chez les nations éclairées et chez celles qui sont encore dans les ténèbres de l'ignorance, enfin dans les pays puissants et populeux, et dans ceux dont les frontières forment un cercle de quelques lieues. Or, c'est une règle qui n'est plus contestée par personne, que la peine de mort est un moyen de justice extrême, dangereux, dont on ne peut faire usage qu'avec la plus grande réserve, et seulement en cas de véritable néces-

1. Moniteur de 1791, n. 152, p. 630.

sité [1]. C'était aussi l'opinion de Montesquieu, qui la considérait comme le remède de la société malade, et la voulait réserver aux seuls attentats contre la vie [2]. L'abbé Mably, l'un des plus zélés défenseurs de cette peine, disait également : « Il n'y a que deux coupables qui méritent la mort : l'assassin et celui qui trahit sa patrie [3]. »

Cela posé, on s'est demandé s'il est bien certain que, dans l'état actuel de la société, au degré de civilisation où elle est parvenue, la peine capitale soit indispensable à son existence, à sa sécurité ; s'il est bien constaté que ce soit encore là, suivant l'expression de M. de Maistre, le pivot sur lequel elle se meut ; s'il est prouvé que, dénuée de cette arme terrible, elle deviendrait la proie d'attentats plus violents, de crimes plus atroces ; si les peines ne peuvent pas sans danger devenir moins sévères lorsque les mœurs s'adoucissent, et que l'aisance générale y rend les hommes plus sensibles ; enfin, si le problème que poursuit la science n'est pas d'assurer la sécurité de tous en attentant le moins possible aux droits de l'agent.

Placée à ces termes, la question tombe dans le domaine du fait. Le publiciste doit en chercher la solution dans l'étude approfondie des faits moraux, dans l'analyse des intérêts, des passions ou des causes qui produisent les crimes capitaux ; dans ces solennelles enquêtes chaque jour ouvertes devant les cours d'assises ; dans ce sentiment intime du public, expression de la conscience de tous, qui juge les actions criminelles et leur assigne des peines analogues ; enfin, dans les effets des châtiments eux-mêmes sur les condamnés. Les utiles travaux de la statistique criminelle donnent un point d'appui nouveau, une base plus solide à cette discussion : les annales de cette statistique, publiées jusqu'ici, révèlent une tendance visible à restreindre l'emploi de la peine capitale, même à l'égard des crimes les plus horribles ; et, d'un autre côté, le nombre de ces crimes n'a point augmenté à raison

1. M. Rossi, t. 3, p. 163.
2. Esprit des lois, liv. 12, ch. 4.
3. Principes des lois, liv. 3, ch. 4.

de cet adoucissement des châtiments [1]. Ces deux faits également graves, l'un comme expression de la conscience publique, l'autre de l'état de la moralité, reposent déjà sur une assez longue expérience. Si les années les reproduisent dans la même proportion, le publiciste sera fondé à en inférer que la société peut se désarmer sans péril, et que sa sûreté ne sera pas compromise par la suppression de l'échafaud. Il serait au moins déjà possible, nous le croyons, d'en restreindre l'application, comme l'ont fait plusieurs législations, au seul crime d'homicide volontaire commis avec préméditation.

Au surplus on doit admettre qu'il ne serait pas prudent d'arracher subitement des mains du pouvoir social une arme qu'il croira nécessaire tant qu'il ne croira pas l'avoir efficacement remplacée, et d'alamer une sorte de sentiment populaire où s'est perpétuée la sauvage idée du talion et qui ressent encore en présence du sang répandu le besoin d'une sanglante expiation. Mais nous n'hésitons pas à dire que ces terreurs et ces grossiers instincts ne pourront désormais que retarder l'abolition de la peine de mort. Et ce qui nous amène à cette opinion, c'est l'étude même du principe du droit pénal et de ses conséquences essentielles. On peut soutenir qu'elle est légitime, on peut croire qu'elle est efficace, on peut alléguer même qu'elle est nécessaire ; mais elle est condamnée par la science et c'est le progrès scientifique qui la supprimera.

61. On lui reconnaît généralement deux avantages ; elle ôte le pouvoir de nuire et elle est exemplaire par son formidable appareil et par l'impression qu'elle laisse dans les esprits. Et toutefois cette exemplarité est aujourd'hui contestée par des publicistes qui apportent de nombreux témoignages à l'appui de leur thèse. Il y a peut-être lieu de distinguer à cet égard. L'agent qui médite un crime est rarement retenu par la crainte de la peine, quelque terrible qu'elle soit. Il n'y pense pas s'il

1. * * De 1860 à 1865, la moyenne a été de 22 condamnations et 15 exécutions ; de 1865 à 1870, elle est descendue à 15 condamnations et 8 exécutions ; mais la statistique de 1872 constate 31 condamnations et 24 exécutions ; celle de 1879, 25 condamnations et 5 exécutions ; celle de 1882, 35 condamnations et 4 exécutions ; celle de 1883, 25 condamnations et 3 exécutions ; celle de 1884, 30 condamnations et 7 exécutions.

est entraîné par la passion, ou s'il y pense, il espère toujours y échapper. La terreur de la peine de mort ne commence qu'après la condamnation, et quand l'agent est en proie à cette longue agonie qui précède le supplice. Mais ces angoisses, qui l'assiégent en face de l'échafaud, il ne les a point connues au moment de la perpétration du crime.

Elle est inégale : excessive pour les uns, pour les autres elle est presque nulle, et c'est à mesure qu'elle sévit sur la classe la plus dépravée et la plus redoutable des malfaiteurs que son action est souvent faible et incertaine. Elle est indivisible : maximum immuable, elle s'applique à des crimes variés et qui diffèrent dans leurs degrés ; elle confond toutes les nuances, toutes les gradations dans un même supplice. Elle est irréparable : « Ici, dit M. Rossi, viennent échouer tous les raisonnements de ceux qui osent encore l'appliquer à un grand nombre de crimes, aux crimes difficiles à constater. » Et M. de Pastoret s'écrie : « Ai-je besoin de rappeler la faillibilité de l'homme, l'incertitude des preuves, les erreurs des jugements ? La justice peut retrouver le coupable fugitif, elle ne retrouve pas l'innocent égorgé. » C'est, en effet, en étudiant la procédure du malheureux Lesurques, dont l'innocence nous apparaissait plus claire que la lumière du jour, que nous avons été amené à détester cette peine, qui, par une fatale inconséquence, peut être le résultat d'une erreur et n'admet pas de réparation, et qui, quand cette erreur est démontrée, se retournant contre la justice, la flétrit à son tour en lui jetant à la face le sang innocent qu'elle a versé.

Enfin, elle est en opposition directe avec les tendances, avec l'esprit, avec le véritable but que la science assigne à la loi pénale. Ce que cette loi se propose, n'est-ce pas d'assurer la sécurité générale en empiétant le moins possible sur les droits individuels, n'est-ce pas d'essayer la régénération des agents, de remplacer la destruction par la correction ? Comment soutenir aujourd'hui que la peine de mort, de même que toutes les mutilations qui, il y a peu d'années, remplissaient encore les Codes, de même que toutes les peines flétrissantes qui abaissent les individus, soit le dernier terme d'une législation intelligente ? La tâche de la justice humaine est plus haute,

elle doit sauvegarder la société, mais elle doit en même temps, si cela n'est point impossible, concilier ce devoir avec les principes qui sont sa vraie force et forment sa vraie mission ; elle ne doit sacrifier les droits de l'individu qu'autant que ce sacrifice est indispensable à sa vie ; elle ne doit pas le détruire, si elle peut recourir à d'autres moyens de salut, si elle peut se préserver sans l'emploi de ce suprême moyen de la force, si, au lieu de céder à des appétits de vengeance, elle est assez éclairée pour écouter les conseils de la science qui, pour assurer la sécurité, croit qu'il suffit de contenir, de relever et d'instruire.

62. Résumons ces diverses considérations. Si la peine de mort n'est point en elle-même une peine illégitime, si elle est dans le droit de la société, ce droit est soumis, dans son exercice, à deux conditions, son efficacité et son actuelle nécessité. L'efficacité de la peine de mort, à l'égard d'une certaine classe de crimes, ceux dont le motif est dans l'intérêt et quelquefois même dans la passion, est possible ; mais alors même son application peut exciter de terribles regrets. Sa nécessité actuelle est vivement attaquée ; et il faut avouer que des faits graves, des circonstances nouvelles prêtent à ces attaques une force grandissante. Le doute s'est emparé de beaucoup d'esprits et les vrais principes du droit pénal viennent le fortifier encore ; mais le législateur avant de prononcer sa suppression définitive, doit d'abord en restreindre l'application et attendre que cette suppression soit acceptée par les mœurs ; il ne peut pas devancer la société, il ne peut que la suivre.

63. Reprenons maintenant la législation.

Lors de la discussion du Code pénal de 1791, plusieurs orateurs réclamèrent avec chaleur l'abolition de la peine de mort : l'opinion contraire prevalut ; cependant cette discussion dut laisser quelques traces, car nous trouvons, peu d'années après, une loi ainsi conçue : « A dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la république française [1]. »

1. Loi du 4 brumaire an IV, art. 1.

La paix arriva, mais la promesse resta vaine. Une loi nouvelle du 8 nivôse an X déclara que « la peine de mort continuerait d'être appliquée dans les cas déterminés par les lois, jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné. »

Les procès-verbaux des délibérations du Conseil d'État, qui préparèrent le Code pénal, ne font mention d'aucune discussion à ce sujet. M. Target fut seulement chargé d'en établir le principe. « La peine de mort est-elle légitime? est-elle nécessaire? Ces deux questions n'en font qu'une. Sans nécessité, cette peine ne serait pas légitime ; et, si elle est nécessaire, la légitimité en est incontestable..... La peine de mort, en attendant des temps plus heureux, est encore nécessaire ; et si elle l'est, loin de blesser l'humanité, elle la sert, en conservant la vie à tous ceux que le scélérat aurait immolés encore, à plusieurs de ceux qui seraient tombés victimes de forfaits semblables [1]. » Ce jurisconsulte avait cependant posé quelques limites à son application; mais elles furent reculées dans la discussion, et cette peine fut même prodiguée à des délits d'un ordre secondaire. Le remède naquit de l'excès même du mal. La répugnance des jurés à envoyer à l'échafaud des accusés qui ne leur semblaient pas mériter une telle peine, fonda la doctrine de l'omnipotence; doctrine pernicieuse au fond, mais qui se produira avec une nouvelle force toutes les fois que les lois répressives cesseront d'être en harmonie avec l'opinion publique. La théorie des circonstances atténuantes n'a fait à peu près qu'enregistrer cette doctrine et lui donner un cours légal. Avant d'examiner ses résultats, n'omettons pas quelques faits qui se rattachent à cette innovation.

L'abolition de la peine de mort fut demandée, quelques mois après la révolution de 1830, par un député. Cette proposition, à laquelle la prévention qui planait sur la tête des ministres de Charles X donnait, à la vérité, un intérêt de circonstance, accueillie avec enthousiasme, fut adoptée, séance tenante, à l'unanimité. Le roi, auquel elle fut immédiatement portée, la reçut avec la même faveur; néanmoins elle n'eut alors aucune suite.

1. Observations préliminaires, Locré, t. 29, p. 9.

Mais le garde des sceaux s'exprimait en ces termes, en présentant la loi du 28 avril 1832 : « Toutes les fois que l'on s'occupe de législation pénale, la question de l'abolition de la peine de mort est la première et la plus haute qui s'offre à la pensée. Réclamée par des publicistes et des philosophes, sollicitée dans une occasion malheureusement trop mémorable par la Chambre qui vous a précédés, mise en pratique dans quelques pays, l'abolition de la peine de mort est un des vœux les plus ardents de beaucoup d'amis de l'humanité, qui sont divisés cependant sur les moyens de le satisfaire. Le projet de loi a été conçu dans la pensée qu'une abolition totale et immédiate n'est pas praticable. Il est des cas où des crimes sont à la fois si atroces et si dangereux, que de très grands obstacles s'élèveraient dans la plupart des esprits contre l'adoucissement de la peine qui les frappe. Conservée pour des cas qui demeureront très rares, maintenue dans la législation comme un épouvantail pour le crime, la peine de mort pourra peut-être disparaître plus tard, lorsque la suppression sera devenue en harmonie avec les mœurs publiques. Le projet de loi a pour objet de rendre beaucoup plus rare le recours à cette dernière et lamentable ressource de la société contre le crime. »

Le rapporteur de la commission de la Chambre des députés est allé plus loin : « Votre commission n'a point soulevé la question de la légitimité de cette peine ; question redoutable, qui trouble la conscience et embarrasse la raison, mais que résout contre les doutes de la philosophie et de l'humanité, la pratique de tant de peuples et de tant de siècles. Votre commission s'est associée de tous ses vœux aux efforts philanthropiques qui poursuivent l'abolition de cette peine. Mais l'intérêt même de cette cause sacrée, que le mauvais succès d'une tentative hasardée pourrait compromettre, l'intérêt de la société, qu'on ne peut désarmer de sa protection la plus efficace, sans lui en avoir assuré une autre non moins énergique, quoique moins sanglante, l'état du pays et des opinions, sur lequel la magistrature rend un témoignage unanime, tout nous a déterminés à penser qu'une abolition graduelle était seule raisonnable et possible. Et nous avons cru marcher assez

avant dans cette voie par l'admission des circonstances atténuantes... »

Ces observations ne sembleraient-elles pas indiquer que déjà, dans l'esprit du législateur, l'abolition de la peine de mort est, sinon une pensée arrêtée, au moins un but lointain encore, mais vers lequel il marche ? Il la maintient dans des cas plus rares, mais comme un épouvantail, mais en émettant le vœu d'une prochaine abolition. Il conserve debout la menace, et semble promettre ses efforts pour qu'elle ne soit pas suivie d'effet. C'est enfin dans l'intérêt même de cette cause sacrée qu'il redoute une tentative hasardée ; il n'attend pour l'exécuter qu'une seule chose, c'est que l'expérience ait éprouvé un autre système pénal. C'est cette pensée du législateur, pensée d'incertitude et de doute, qui a formulé la théorie des circonstances atténuantes.

64. Cette théorie a des effets très graves dans son application à la peine de mort. Le droit attribué au jury de déclarer, dans tous les cas, les circonstances atténuantes, et le résultat de cette déclaration, qui est d'abaisser nécessairement la peine d'un degré, revêtent en réalité le jury d'un pouvoir immense, celui de laisser subsister ou d'abolir à son gré la peine capitale. Ainsi la loi abdique sa puissance ; le législateur se dépouille du droit de résoudre cette haute question sociale. C'est au tribunal de douze jurés que cette grande cause de la politique et de la philosophie vient se plaider. Selon leur conviction du moment, ils vont effacer la peine ou la maintenir. Le législateur l'a inscrite dans la loi, et reste inerte devant l'application ; c'est entre les mains des citoyens eux-mêmes qu'il dépose le glaive du bourreau.

Un tel système peut séduire au premier coup d'œil. Une question s'élève, grave, terrible : elle préoccupe les esprits : le législateur s'abstient ; il en abandonne la solution aux simples citoyens qui tour à tour sont appelés aux fonctions de jurés ; il leur dit : « Écartez la peine de mort, si vous la croyez illégitime ou inutile ; si vous la croyez indispensable et légitime, laissez appliquer la loi. » Ainsi, c'est une véritable enquête, une enquête solennelle sur l'état de l'opinion publique relativement à cette question. La statistique en proclamera les résultats.

Mais cette transaction entre le fait et le droit, entre la théorie et l'application, est-elle sans inconvénients ? Le pouvoir exorbitant que le législateur abdique tombera-t-il toujours entre des mains habiles ? Les jurés sont-ils assez haut placés pour juger des questions sous lesquelles palpite tout l'avenir social ? Ne se laisseront-ils jamais dominer par des préjugés ou des lumières fausses et incomplètes ? Ne peut-on pas craindre que la peine de mort ne reste dans la loi comme une arme abandonnée qui ne retrouvera son tranchant que dans les temps de haines et de passions ? N'est-ce pas enfin trop compter sur les hommes que de leur livrer des peines faibles ou terribles, humaines ou sanglantes, suivant le caprice de leur volonté.

Les peines doivent être égales pour tous ; or cette égalité ne subsiste plus, lorsque le choix en est déféré au tribunal mobile de douze hommes pris au hasard dans la foule, et qui y rentrent après leur jugement, sans laisser de traces après eux, sans être enchaînés par une responsabilité quelconque, sans lier leurs successeurs par leurs décisions. C'est méconnaître les limites de la mission naturelle du jury, que de donner à sa décision des effets si graves, que d'en faire dépendre une véritable question de législation ; car il ne s'agit pas d'opter entre deux peines de la même nature, plus ou moins longues, plus ou moins rigoureuses, mais de choisir entre la détention et la mort, entre deux peines qu'un abîme sépare. Le même fait, commis avec les mêmes circonstances, sera puni, dans tel ressort, de la peine des travaux forcés seulement, dans tel autre, de la peine de mort.

Sans doute ces conséquences, qui accusent la théorie de la loi, ne doivent point avoir, dans la pratique, toute la gravité qu'on pourrait en attendre. Les jurés ont plus de tendance à empreindre leurs décisions d'humanité que de rigueur ; et, s'ils doivent abuser de la puissante faculté qui leur est donnée, il est permis de croire que ce sera plutôt pour affaiblir les peines que pour les aggraver. Déjà plusieurs de leurs verdicts ont révélé une opinion assez générale pour l'abolition de la peine capitale ; et cette doctrine s'est manifestée avec éclat, lorsqu'il s'agissait même de sévir contre des crimes atroces.

On peut en trouver les motifs soit dans la douceur de nos mœurs, soit dans cette idée qu'une civilisation plus grande, une aisance plus générale rendent les hommes plus sensibles à des peines moins graves, soit enfin dans les idées libérales qui peu à peu ont conquis toutes les classes de la société. La peine de mort, telle que la loi l'a faite, pourra donc, lorsqu'elle sera appliquée, être entachée d'inégalité, parce que la distribution de cette peine aux mêmes faits n'a point de règle fixe.

65. Tels sont les termes dans lesquels se résume cette grande question. Nous avons dû nous borner à dessiner rapidement les traits principaux de cet immense débat : on voit qu'il se réduit à une question de fait, disons plus, à une question de temps et d'opportunité. L'opinion de Beccaria, toujours combattue, toujours vivante, a été comme un germe que les années ont développé : érigée en loi à la Louisiane, déjà puissante dans d'autres Etats, un jour peut-être elle dominera nos codes ; et notre législateur, au lieu de la combattre, se borne à en ajourner l'application. On doit ajouter que deux actes législatifs sont intervenus récemment sur cette question. Le premier est un rapport fait au Sénat le 27 juillet 1867 sur une pétition revêtue de 14,000 signatures, et demandant la suppression de la peine de mort. Le rapporteur, en concluant à l'ordre du jour qui fut adopté, résumait la question en ces termes : « Résumons les deux termes de la question, tels que votre commission les a posés, c'est-à-dire l'efficacité de la peine et la difficulté de la remplacer par une peine aussi efficace, et répétons que la solution du problème ne saurait se trouver que dans le développement de la moralité publique ; elle est là et pas ailleurs. Il y a vingt ans, en France comme dans tous les pays de l'Europe, les exécutions étaient dix fois plus nombreuses qu'aujourd'hui. Si elles le sont dix fois moins au moment actuel, pourquoi ne diminueraient-elles pas encore, pourquoi ne cesseraient-elles pas un jour ? » Le second acte est une proposition de loi déposée le 24 janvier 1870 au Corps législatif, et ainsi conçue : « La peine de mort est abolie. » Et cette proposition, discutée dans la séance du

23 mars suivant, n'a été écartée qu'à la majorité de 111 voix contre 97 [1].

Ajoutons encore que l'abolition a été prononcée en 1848 aux Etats-Unis, dans l'État de Michigan ; et en Allemagne, dans les duchés d'Oldenbourg, d'Anhalt et de Nassau, et en Italie, à San Marino ; en 1852, aux États-Unis, dans les États de Rhode-Island et de Wisconsin ; en 1854, dans le canton de Neufchâtel ; en 1859, dans la Toscane ; en 1863, dans la Colombie ; en 1864, dans la république de Venezuela et dans la Roumanie ; en 1867, au Portugal ; en 1868, dans la Saxe. Elle a été proposée et n'a été écartée qu'à de faibles majorités en Italie, en Belgique et dans les Etats de la Confédération du Nord de l'Allemagne [2].

66. Nous devons noter encore, en terminant sur ce point, un pas fait en avant par le législateur. Le gouvernement provisoire avait déclaré, par décret du 26 février 1848, « que, dans sa pensée, la peine de mort était abolie en matière politique, et qu'il présenterait ce vœu à la ratification de l'Assemblée nationale. » Ce vœu a reçu la ratification de cette assemblée, et l'article 5 de la Constitution du 4 novembre 1848 porte : « La peine de mort est abolie en matière politique. » Cette abrogation, qui n'a été effacée par aucune loi postérieure, a été suivie de l'art. 1er de la loi du 6 juin 1850, qui a ajouté que, « dans tous les cas où la peine de mort est abolie par par l'art. 5 de la Constitution, cette peine est remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée désignée par la loi, hors le territoire continental de la République. »

1. * * V. aussi le rapport et la discussion sur la proposition d'abolition de M. Schœlcher. (Journal offic., 22 juin 1876).

2. * * La peine de mort a encore été abolie dans les Pays-Bas, par la loi du 17 septembre 1870. Elle l'avait été, en Suisse, par l'art. 65 de la Constitution fédérale de 1874 ; mais cet article a été abrogé par un vote populaire du 18 mai 1879. Le Code pénal du Mexique, tout en maintenant la peine de mort, ne permet pas de la prononcer contre un septuagénaire, ni contre une femme (art. 144). En Belgique, bien que la peine de mort continue à figurer dans le Code pénal, elle n'est jamais exécutée en fait. La question de l'abolition de la peine de mort paraît être la pierre d'achoppement des projets de Code pénal en Italie.

Nous examinerons plus loin, pour déterminer les effets de cette abolition, le sens des mots « matière politique », et quels sont les crimes auxquels s'applique cette suppression partielle de la peine de mort.

67. Le législateur a supprimé la mutilation qui précédait, dans le Code de 1810, la mort du parricide : il a proclamé que ce supplice était une inutile barbarie. Pourquoi donc a-t-il conservé cette étrange disposition qui prescrit de conduire le condamné pour parricide sur le lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir ? Pourquoi le laisser exposé sur l'échafaud, en attendant la mort, pendant que l'huissier fait la lecture de l'arrêt de condamnation ? Cette disposition, quoique modifiée, est encore une barbarie. « Le principe éternellement vrai de la gradation des peines, disait à ce sujet M. Berlier au Conseil d'État [1], ne saurait s'étendre à différencier et à graduer le mode d'infliger la peine de mort ; la justice qui établit des punitions, et la justice sociale qui veut des exemples, sont également satisfaites quand le coupable meurt [2]. » N'est-ce donc pas une aggravation de supplice que cette translation *en chemise*, ces *pieds nus*, ce *voile noir* sur la tête ? Faut-il encore prolonger l'agonie de la victime pendant l'inutile lecture de l'arrêt de condamnation ! On veut inspirer de l'horreur, on inspire de la pitié ; un tel spectacle outrage l'humanité, et révolte les spectateurs [3].

1. Locré, t. 29, p. 115.

2. *Ultimum supplicium esse mortem solam interpretamur*, disait la loi romaine ; texte qui semble avoir été paraphrasé par Montaigne, quand il dit : « En la justice même, tout ce qui est au delà de la mort me semble cruauté. »

3. * * Un projet de loi soumis aux Chambres, mais qui n'a pas encore abouti, prononce l'abrogation de l'art. 13 du Code pénal (Journal off. du 3 avril 1879). — D'après le même projet, l'exécution devrait avoir lieu dans l'intérieur de la prison du chef-lieu de la Cour d'assises ou dans le lieu le plus voisin, dont l'accès sera interdit au public, et en présence seulement de certaines personnes déterminées. Bien des législations criminelles, notamment celles d'Angleterre, des États-Unis, d'Allemagne, d'Autriche, de Hongrie, de Suède, de Belgique et du grand-duché de Luxembourg ordonnent l'exécution dans l'intérieur de la prison et en présence de témoins. Chez nous, la question est encore très discutée par l'opinion.

§ III. — *Des peines perpétuelles.*

68. Nous passons aux peines *perpétuelles.*

L'Assemblée constituante avait proscrit les peines perpétuelles : elle les regardait comme plus terribles que la mort même, qu'elle conservait dans la loi. La peine de 24 années de fers était la plus forte du Code pénal du 28 septembre 1791, après la peine de mort. Ce système de répression fut attaqué en 1810 : « L'Assemblée constituante, disait M. Target, par un sentiment d'humanité digne de respect sans doute, mais dont la sagesse n'a pas été prouvée par l'expérience, avait posé en principe que nulle peine ne serait perpétuelle. Tous les criminels qui n'étaient pas frappés de mort avaient en perspective un terme fixe qui, pour les âmes profondément dépravées, annule presque entièrement l'effet de la peine. Il faut que les actions qui, dans l'ordre des crimes, suivent immédiatement ceux auxquels la mort est infligée, ne laissent point de délivrance à prévoir : sans cela, les gradations ne seraient point observées, l'échelle des peines ne serait plus correspondante à celle des crimes, et la proportion serait rompue. »

Ces arguments ont été à peu près reproduits en 1832, par le rapporteur de la Chambre des députés, lors de la loi modificative du Code pénal. « La perpétuité des peines, a-t-il dit, retranche du monde un être incorrigible ; elle épargne à ses semblables et à lui-même des nouveaux forfaits auxquels d'indestructibles habitudes l'avaient en quelque sorte prédestiné. Elle rassure la société, en dissipant l'alarme que le crime avait causée, et en prévenant celle que le retour du criminel ferait naître. Les peines perpétuelles ont aussi un puissant effet d'intimidation ; elles sont une imitation de l'éternité des supplices, et l'idée de l'éternité des supplices saisit fortement les imaginations. Elles seront la transition entre la peine de mort et les peines temporaires. Retranchez-les, et l'échelle pénale présentera un intervalle immense, sans correspondance avec l'échelle des crimes. Combien de crimes, en effet, pour lesquels la peine de mort est trop sévère et les peines temporaires trop indulgentes ! Moins inquiétantes pour le jury

qu'une peine irréparable, plus effrayantes pour les coupables qu'une peine dont ils espèrent voir la fin, les peines perpétuelles ont une efficacité préventive qui leur est propre, et qui doit être conservée. »

Notre opinion est également que le principe de la perpétuité des peines doit être maintenu, mais en le modifiant toutefois dans son application, de manière à ce qu'il ne détruise pas entièrement l'un des effets les plus tutélaires de la peine, l'amendement du coupable.

On a surtout reproché aux peines perpétuelles d'achever la démoralisation du condamné. C'est l'espoir, a-t-on dit, de reprendre une place honorable dans la société qui le soutient dans les efforts qu'il fait pour changer ses habitudes et corriger ses penchants. Eprouvera-t-il le besoin d'une réconciliation avec lui-même, si la loi le déclare irréconciliable avec la société ? N'est-ce pas détruire le repentir dans son germe et la réhabilitation morale dans son plus puissant mobile ? A cette objection plusieurs réponses. Nous avons vu que l'application de la peine de mort tendait, par une pente marquée, à devenir plus rare : le pouvoir social rétrécit lui-même les limites dans lesquelles cette peine est resserrée, et, dans les cas où elle est encore prononcée, il hésite devant une exécution capitale et intervient souvent avec la grâce. Dans une telle situation, la perpétuité des peines est une nécessité. C'est l'atténuation de la peine de mort ; c'est la peine qui seule peut en justifier et favoriser l'abolition. « Car on serait placé, a dit un criminaliste, entre deux maux inévitables, celui de ne pas opposer aux crimes un frein assez puissant, en leur appliquant des peines inférieures à leurs dangers et à leurs maux, ou celui d'excéder l'intensité dont ils ont besoin, par une application criminelle et plus fréquente de la peine de mort [1]. »

Ensuite, le but principal de toute peine est de prévenir les crimes ; et la perpétuité des peines qui saisit fortement l'imagination, a éminemmènt ce caractère. Il est des crimes qui jettent une telle épouvante dans la société, que la crainte d'un châtiment sans fin peut seule l'en préserver, et cette

1. Scipion Bexon, Code de la sûreté publique, in-fol., introduction, lvij.

éternité du châtiment semble aussi répondre au besoin d'expiation que ressent la conscience sociale. Et puis, il ne faut pas perdre de vue que le système pénitentiaire, dont les efforts s'éprouvent en ce moment, exercera bien difficilement son action bienfaisante sur ces hommes que l'habitude du crime a endurcis, et qui ont brisé les derniers liens qui les attachaient à la société. Contre ces hommes incorrigibles, quels seraient les moyens de défense de la société, si elle devait nécessairement et sans examen faire tomber les portes de leurs prisons après un certain laps de temps ? La perpétuité doit donc être réservée pour les crimes qui arrachent à la société un cri d'effroi, lorsque l'exécution capitale ne leur est pas infligée, et pour les condamnés en récidive, contre lesquels les premières peines sont reconnues impuissantes.

69. Au reste, nous retrouvons ce principe dans les lois de toutes les nations. Il sert de base aux codes criminels de l'Autriche et du Brésil, deux codes qui se distinguent par la douceur de leurs dispositions pleines d'humanité. La législation anglaise ne l'a jamais répudié. M. Scipion Bexon l'admet dans son Code de la sûreté publique. Beccaria disait : « L'esclavage perpétuel, substitué à la peine de mort, a toute la rigueur qu'il faut pour éloigner du crime l'esprit le plus déterminé [1]. » Enfin M. Livingston lui-même n'hésite pas à le faire entrer dans son Code pénal de la Louisiane [2].

Cependant, et c'est l'objection qui lui est surtout opposée, cette perpétuité de la peine est un obstacle presque insurmontable à la correction du coupable. Il faut donc à ce mal très grave tâcher d'apporter quelques remèdes. Le premier serait de n'appliquer les peines perpétuelles qu'avec la plus grande réserve, et seulement aux criminels dont on ne peut espérer une véritable régénération. Mais, ensuite, ne pourrait-on déposer entre les mains du captif lui-même le moyen d'adoucir la rigueur de la peine, l'espoir de pouvoir la convertir lui-même en une peine temporaire, par sa conduite, son activité laborieuse, sa réformation ?

1. Des délits et des peines § 16.

2. Le § 8 de l'art. 85, qui énumère les peines, porte : *Emprisonment at hard labour for life.*

La commission du Corps législatif, appelée à délibérer sur le projet du Code pénal, avait eu cette pensée : elle demandait qu'il fût ajouté une disposition qui autorisât le gouvernement à remettre le reste de la peine aux condamnés à perpétuité qui se seraient conduits d'une manière satisfaisante. « Le but de cette disposition est moral, disait la commission, et ne détruit point le principe de la perpétuité. Celle-ci, établie dans le projet de code, ouvre au condamné une carrière à l'extrémité de laquelle il ne voit que la cessation de son existence ; dans cet état, et sans espoir, il n'a point d'intérêt à se bien conduire et à devenir meilleur ; il peut se livrer à des excès ou à des crimes envers ses gardiens, ses compagnons et même des citoyens ; on ne le contiendra que par une inflexible sévérité, qui peut même être souvent en défaut à son égard. Si, au contraire, une lueur d'espérance se faisait entrevoir pour lui, elle offrirait une espèce de garantie de sa conduite, en l'engageant à se rendre digne d'un adoucissement [1]. » Le Conseil d'État n'admit pas cette proposition, attendu que le recours à la clémence du prince est ouvert dans tous les temps aux condamnés. Le législateur de 1832 a suivi les mêmes errements : « Dans les cas si rares, a dit le rapporteur de la Chambre des députés, où l'amendement peut avoir lieu, l'espérance de la grâce, toujours possible, toujours prochaine, luira aux yeux du condamné comme bien plus secourable qu'une liberté trop éloignée. » Et le rapport de la Chambre des pairs ajoute : « La perpétuité des peines peut se changer, par l'amendement du coupable, en un châtiment temporaire... C'est là où le droit de grâce est libre de s'exercer dans toute son étendue. »

Mais ici la difficulté se complique. Doit-on laisser au droit de grâce une telle puissance ? Quelques publicistes ont contesté à ce droit l'utilité de son intervention [2]. M. Livingston en restreint seulement les limites : « Le pouvoir de pardonner ne

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, Locré, t. 29, p. 190.

2. Beccaria, Des délits et des peines ; Bentham, Théorie des peines ; M. Bavoux, Leçons sur le Code pénal ; M. Bourgnon de Layre, Essai sur le Code pénal, p. 27.

doit être exercé que dans les cas d'innocence découverte après la condamnation, ou de réforme sincère et complète[1]. » Mais, dans ce dernier cas, quelles garanties contre une décision intempestive ou arbitraire ? Quels moyens de constater la régénération du condamné, de rassurer la société sur l'abolition de la peine qu'elle avait prononcée dans l'intérêt de sa sûreté ? M. Charles Lucas a proposé d'instituer un pouvoir disciplinaire, une *cour d'équité*[2], pour apprécier la conversion des détenus, leur retour à l'honnêteté, pour juger des épreuves auxquelles leur conduite serait soumise. L'examen de ce système nous ferait sortir des limites de notre plan. Il nous a suffi d'indiquer une borne légitime à la peine perpétuelle, l'amendement sincère du condamné. Toutefois, il est important d'ajouter que cette réforme même, fût-elle bien constatée, ne serait pas toujours une raison de mettre immédiatement le condamné en liberté; il est nécessaire qu'il ait subi une partie notable de sa peine. Car ce n'est pas assez qu'il se repente, il faut que son crime soit réparé; la peine est un moyen d'exemple et d'instruction, en même temps qu'un moyen de réforme. Il faut que le pouvoir, avant de la briser, non seulement ait acquis la certitude de la réforme du coupable, mais soit encore convaincu que la société a obtenu une répression suffisante.

70. Le Code pénal compte deux sortes de peines perpétuelles: les travaux forcés à perpétuité, et la déportation.

La peine des travaux forcés se trouve définie par l'art. 15 du Code pénal, ainsi conçu: « Les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés aux travaux les plus pénibles; ils traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel ils seront employés le permettra. » Cette peine a été l'objet des critiques les plus vives. « Il n'y a qu'une voix en France, a dit M. Charles Lucas, sur le système désastreux des bagnes, dans les conseils généraux des départements, dans les chambres, dans le gouvernement, enfin dans la nation tout

1. System of penal Law, introductory title, p. 359.
2. Du système pénal, p. 306.

entière [1]. » Nous n'avons pas sur ce point une opinion aussi absolue : la peine des travaux forcés a des vices très graves ; mais elle possède aussi quelques avantages qu'on ne doit pas contester.

71. La peine des travaux forcés doit être examinée en elle-même, et abstraction faite des effets quelque peu fantastiques qu'on lui avait prêtés. Elle a deux vices principaux : elle est inégale ; car comment, en appliquant les condamnés aux travaux les plus pénibles, mesurer la force des individus ? comment distinguer la faiblesse réelle de la faiblesse simulée ? « Si le poids de la chaîne, dit M. Livingston, est déterminé par la loi, le faible succombera sous le fardeau que le fort portera sans peine. Si ce point est laissé à la discrétion du geôlier, c'est une source intarissable d'extorsions et de tyrannies subalternes [2]. » Elle n'est pas réformatrice : « Dans les travaux publics, a fait observer Bentham, l'infamie de la publicité tend plus à dépraver les individus que l'habitude du travail ne tend à les réformer [3]. » On doit ajouter que si les travaux en plein air favorisent l'état physique des condamnés, ils ont pour effet de les corrompre par la facilité des communications qu'ils établissent entre eux.

Mais cette peine est essentiellement exemplaire : c'est là son plus grand avantage. Elle intimide, elle inspire l'effroi ; l'opinion publique y trouve une expiation suffisante des plus grands crimes. « Elle offre sans cesse, ajoute M. Scipion Bexon, l'exemple des maux attachés au crime, par le spectacle répété des chaînes, des fatigues et des signes honteux de la servitude des coupables [4]. » Peut-être est-ce la seule peine qui pût rassurer la société, si la peine de mort devait un jour être supprimée.

Il serait, d'ailleurs, possible de corriger ses inconvénients les plus graves. Déjà l'ordonnance du 20 août 1828, en séparant les condamnés d'après la durée de leurs peines, avait fait un

1. 1877. Du système pénal, p. 329.
2. Report on the plan of a penal code, p. 56.
3. Théorie des peines, p. 190.
4. Code de la sûreté publique, introduct.

pas immense dans cette voie progressive. De nouvelles classifications, basées sur la nature des infractions, quelques améliorations introduites dans l'ordre de la discipline intérieure, enfin la faculté de renfermer les condamnés dans une enceinte, et d'ôter ainsi à cette peine sa funeste publicité, pourraient la dépouiller de son effet démoralisateur. Mais, en la conservant, il faudrait en limiter l'emploi ; le Code pénal l'a prodiguée aux attentats les plus divers, aux crimes contre les personnes et contre les propriétés, à des infractions qui ne révèlent qu'une immoralité fort douteuse : c'est la base de ses pénalités ; il y confond tous les faits, sans avoir assez d'égards à leur plus ou moins de gravité, quelles que soient les circonstances caractéristiques qui peuvent modifier leur nature. Ainsi employée, cette peine, au lieu d'être exemplaire, est devenue barbare ; en la voyant appliquer à un gardien qui a laissé échapper un prisonnier, aux bigames, etc., l'opinion publique s'est émue de pitié et a accusé la loi. Le législateur doit la réserver pour les crimes qui demandent une solennelle expiation. Devenue plus rare, elle acquerra une puissance de prévention plus grande, et les criminels dont les attentats ont troublé à un moindre degré l'ordre social, seront soumis à l'action plus efficace d'un système pénitentiaire mieux appliqué.

Les idées qui précèdent ont été en partie réalisées : la peine des travaux forcés a été modifiée. Le décret du 27 mars 1852 et la loi du 30 mai 1854 ont substitué à sa première forme un autre mode d'exécution. Cette exécution s'accomplit désormais dans les possessions coloniales de France, autres que l'Algérie. Les condamnés qui ne sont pas âgés de 60 ans y sont transférés, et sont employés aux travaux les plus pénibles de la colonisation et à tous autres travaux d'utilité publique [1]. Ces

1. * * Le boulet et la chaîne ne sont plus imposés que facultativement à titre de punition disciplinaire ou par mesure de sûreté (loi du 30 mai 1854, art. 3) — Enfin, un décret du 18 juin 1880, *concernant le régime disciplinaire des établissements de travaux forcés*, a divisé les transportés en cinq classes, d'après leur situation légale et leur conduite, avec des différences de régime pour chaque classe, a supprimé les peines corporelles et déterminé les punitions disciplinaires applicables aux condamnés.

mesures d'éxécution, au reste, ont été prises en dehors du Code, dans les textes duquel la peine des travaux forcés continue d'être écrite dans les mêmes termes ; nous y reviendrons dans le chapitre relatif à l'exécution des peines.

72. La déportation est la seconde peine perpétuelle.

Cette peine a préoccupé vivement les esprits. Ses partisans vantent son efficacité préventive, qui met la population métropolitaine à l'abri des entreprises et de la contagion morale des condamnés. Ils lui attribuent aussi la vertu de faciliter l'amendement des coupables, en leur ouvrant une carrière nouvelle sous un autre ciel, et de changer à la fois leur pays, leurs habitudes et leur cœur.

Ses adversaires lui reprochent d'être peu efficace et peu exemplaire. La question a été examinée sous toutes ses faces [1] : il nous serait facile d'en résumer les principaux arguments, si cette discussion ne nous semblait pas parfaitement oiseuse. La déportation ne pourrait présenter quelques avantages qu'autant qu'elle serait appliquée aux individus que la misère ou la perversité a portés au crime, à cette population qui remplit les bagnes, et surtout aux condamnés à temps. Mais alors c'est un autre système pénal qu'il faut substituer tout entier au système actuel. Dans notre Code, la déportation n'est point une peine générale qui embrasse tous les délits d'une certaine gravité ; c'est une peine spéciale réservée à un petit nombre de délits d'une même nature, *aux délits politiques*.

« Les crimes d'État, qui ne sortent pas d'une âme atroce, disait M. Target [2], mais de fausses idées politiques, de l'esprit de parti, d'une ambition mal entendue, seront efficacement réprimés par un châtiment sévère et sans terme, qui ravit au condamné, pour jamais, honneur, fortune, jouis-

1. Voyages aux Terres australes, par Péron ; Observations sur la déportation, par M. Marbé-Marbois ; Théorie des peines, par Bentham ; Histoire des colonies pénales, par M. de Blosseville ; Appendice au système pénitentiaire, par MM. de Beaumont et de Tocqueville ; du Système pénal, par M. Charles Lucas, et Discussion de la loi du 28 avril 1832.

2. Observations sur le projet. Locré, t. 29. p. 17.

sances, relations, existence civile et patrie. » Ainsi les rédacteurs du Code pénal n'avaient point eu l'idée d'introduire dans nos lois la transportation anglaise, qui correspond à la réclusion et aux travaux forcés de ce Code ; c'était une relégation, non dans une colonie pénale, mais dans une colonie ordinaire, qu'ils avaient voulu établir, et cette peine ne s'appliquait qu'à des crimes qui ne supposent point cette perversité profonde et incorrigible qui alarme la société.

La déportation n'avait jamais été exécutée, faute d'un lieu où elle pût être convenablement subie : on la commuait arbitrairement, dans la pratique, en une détention dans un lieu spécial. C'est pour faire cesser cette irrégularité que le gouvernement proposait, en 1832, de substituer la peine qui s'exécutait réellement à celle qui n'avait qu'une existence nominale. On a droit de s'étonner de l'insistance que mirent quelques députés à conserver dans le Code ce mot de *déportation* [1] ; car, pourquoi tromper le condamné par l'illusion d'une peine qu'il ne doit point subir, et qu'importait à la question générale de la déportation l'application exceptionnelle de cette peine à quelques délits spéciaux ? La seule question que l'on dût discuter était de savoir si la déportation était appropriée aux crimes politiques qu'elle réprimait, et cette question n'a pas même été effleurée dans la discussion.

Si l'on considère cette peine comme un simple exil dans un lieu spécial, cet exil ne serait point une peine suffisante pour les délits politiques, puisqu'elle ne mettrait point la société à l'abri de la fuite des coupables et de leur retour dans son sein ; si, au contraire, on la considère comme une peine réprimante, efficace et propre à préparer la réforme des criminels les plus endurcis, si on l'accompagne d'une surveillance et d'un régime sévère, elle ne convient point encore à ces délits. Nous ne partageons donc pas l'opinion de M. Charles Lucas, qui propose de déporter à Cayenne ceux qui auraient porté atteinte à la liberté de la presse et à la liberté des cultes [2]. Restreinte dans des limites aussi étroites, l'utilité de cette me-

1. V. Les discours de MM. Delpon, Chalret-Dureu, Odillon Barrot et Mérilhou.
2. Du système pénal.

sure est plus que contestable. Sous des apparences humaines, elle cache une grande sévérité : l'exil et la déportation doivent être réservés à de grands crimes, car rien n'est plus sensible au cœur de l'homme que l'éloignement de la famille et de la patrie. Nous concevons la déportation appliquée aux crimes les plus graves, aux hommes les plus dépravés, parce qu'elle délivre la société de la présence de ces coupables incorrigibles; mais cette peine nous paraît bizarrement choisie, quand elle ne s'applique qu'à quelques infractions spéciales qui ne révèlent aucune immoralité intrinsèque.

73. Nous avons déjà vu que le gouvernement avait proposé de supprimer la déportation.

La Chambre des députés a paru craindre que cette abolition pure et simple ne préjugeât, contre la création future d'une colonie pénale française, le grand problème social qui laisse à examiner cette sorte d'établissement. Elle a voulu réserver une question qui n'était nullement en jeu; elle a maintenu cette peine dans la loi, mais sans en étendre les étroites limites, et en lui substituant dans l'exécution celle de la détention.

Le dernier paragraphe de l'article 17 du Code pénal est en effet ainsi conçu : « Tant qu'il n'aura pas été établi un lieu de déportation..., le condamné subira à perpétuité la peine de la détention. » Cette substitution d'une détention perpétuelle à la déportation a soulevé d'énergiques réclamations, qui se fondaient toutefois uniquement sur ce que la première de ces peines semblait plus dure que l'autre. A cette objection de fait qui ne pouvait trouver de raison décisive de solution, le rapporteur de la commission répondait : « Le but principal que le législateur doit se proposer, c'est la sécurité de la société. La détention perpétuelle assure cette sécurité. Sans doute, la perpétuité de la peine n'est pas toujours nécessaire. Les circonstances qui changent, les occasions qui fuient, les passions qui s'affaiblissent, les partis qui se dissolvent, l'ordre politique qui s'affermit, tout concourt à diminuer l'importance d'un condamné et les dangers de sa liberté. Mais si tel est l'effet probable du temps, cet effet n'est pas nécessaire ; il peut ne pas se réaliser. Les annales d'un pays voisin ne nous offrent-

elles pas l'exemple de conspirations héréditaires qui ont occupé et agité des siècles entiers?... D'ailleurs, ce n'est pas seulement par la répression immédiate du crime, par l'impuissance temporaire ou perpétuelle à laquelle elles réduisent le coupable, que les peines agissent et protègent la société; elles la protègent surtout par le salutaire effroi qu'elles inspirent : la crainte d'une détention perpétuelle peut refroidir ou décourager des imaginations ardentes, qu'une détention temporaire n'effrayerait pas ». On ajoutait encore un motif puisé dans l'esprit du Code pénal. Dans le système de ce Code, les peines se divisent en temporaires ou perpétuelles : en matière politique, il y a le bannissement à temps et la déportation à perpétuité ; en matière ordinaire, il y a pour les hommes les travaux forcés temporaires et perpétuels, pour les femmes la réclusion à temps et la réclusion à perpétuité. C'était donc une simple déduction de ce principe que l'institution de la nouvelle peine de la détention à temps et à toujours. Une dernière considération venait encore à l'appui de cette opinion. C'est surtout à l'égard des crimes politiques que plusieurs publicistes éloquents ont sollicité l'abolition de la peine de mort. Or, la seule voie de l'obtenir était de présenter une peine qui assurât la sécurité entière de la société. Une peine temporaire n'aurait pas cet effet; car le parti politique qui la prononcerait, ne serait pas satisfait de l'impuissance momentanée du conspirateur qu'il redouterait.

74. La loi du 9 septembre 1835, qui avait modifié l'art. 17, a été abrogée par le décret du 6 mars 1848, et, le 4 juin 1850, une loi sur la déportation a été promulguée en ces termes : « Art. 1er. Dans tous les cas où la peine de mort est abolie par l'art. 2 de la Constitution, cette peine est remplacée par celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, désignée par la loi, hors du territoire continental de la République. Les déportés y jouiront de toute la liberté compatible avec la nécessité d'assurer la garde de leurs personnes. Ils seront soumis à un régime de police et de surveillance déterminé par un règlement d'administration publique. — 2. En cas de déclaration de circonstances atténuantes, si la peine prononcée par la loi est celle de la déportation dans une enceinte fortifiée, les juges appli-

queront celle de la déportation simple ou celle de la détention; mais, dans les cas prévus par les art. 86, 96 et 77 du Code pénal, la peine de la déportation simple sera appliquée.—... 4. La vallée de Vaïthau, aux îles Marquises, est déclarée lieu de déportation par application de l'art. 1er de la présente loi[1]. — 5. L'île de Nouka-Hiva, l'une des Marquises, est déclarée lieu de déportation en exécution de l'art. 17 du Code pénal[2]. — 6. Le gouvernement déterminera les moyens de travail qui seront donnés aux condamnés, s'ils le demandent. Il pourvoira à l'entretien des déportés qui ne subviendraient pas à cette dépense par leurs propres ressources. — Dans le cas où les lieux établis pour la déportation viendraient à être changés par la loi, les déportés seraient transférés des anciens lieux de déportation dans les nouveaux. — 8. La présente loi n'est applicable qu'aux crimes commis postérieurement à sa promulgation. » La disposition principale de cette loi est l'établissement de la déportation du premier degré: cette peine, que le législateur substituait à la peine de mort dans les cas où elle est abolie, a puisé son aggravation dans la nécessité de séparer, par le mode d'exécution, deux classes de crimes qui se trouvaient frappés de la même peine: les crimes politiques, jusque-là punis de la peine de mort, et ceux qui étaient punis de la déportation seulement. « Pour deux catégories de crimes essentiellement distincts, a dit le rapporteur de la loi, la législation n'offre qu'un seul moyen de répression. Les inconvénients d'un pareil système de pénalité sont

1. ** La loi du 23 mars 1872 a désigné la presqu'île Ducos, dans la Nouvelle-Calédonie, et a annoncé un réglement d'administration publique, qui a été porté dans le décret du 31 mai 1872, et une loi sur le régime des condamnés à la déportation, laquelle a été promulguée le 25 mars 1873. Nous y reviendrons au chapitre de l'exécution des peines. — Les évènements de 1871 ont donné lieu à de nombreuses applications de la peine de la déportation dans une enceinte fortifiée, qui n'en avait pas encore reçu.

2. ** La loi du 23 mars 1872 y a substitué l'île des Pins, et, en cas d'insuffisance, l'île Maré, dans la Nouvelle-Calédonie. La loi précitée du 25 mars 1873 sur le régime des condamnés à la déportation s'applique à la déportation simple comme à la déportation aggravée.

évidents, il était urgent d'y porter remède. Dans ce but, le projet de loi fait deux choses: d'abord il substitue à la peine de mort, dans les cas où elle est abolie, la déportation dans une citadelle, peine analogue à celle précédemment indiquée, mais toutefois plus douce, puisqu'elle entraîne une captivité moins étroite; il détermine ensuite les lieux où devront être subies soit la déportation aggravée, soit la déportation simple. »

75. A côté de ces dispositions nouvelles, qui règlent le mode d'exécution de la peine de la déportation, il faut mentionner plusieurs mesures, moins pénales, il est vrai, que politiques, qui ont paru assigner à cette peine un nouveau caractère. Une loi du 29 juin 1848, qui porte l'empreinte des circonstances politiques dans lesquelles elle est intervenue, dispose ainsi qu'il suit: « Seront transportés, par mesure de sûreté générale, dans les possessions françaises d'outre-mer autres que celles de la Méditerranée, les individus actuellement détenus qui seront reconnus avoir pris part à l'insurrection du 23 juin. Les femmes et les enfants des individus ainsi transportés hors du territoire seront admis à partager le sort de leurs maris et de leurs pères. » La loi du 24 janvier 1850 déclara que ces individus seraient transférés en Algérie, et y formeraient un établissement disciplinaire. L'art. 5 était ainsi conçu: « Les transportés seront assujettis au travail sur l'établissement; l'exercice de leurs droits politiques sera suspendu: ils seront soumis à la juridiction militaire; les lois militaires leur seront applicables. Toutefois, en cas d'évasion de l'établissement, les transportés seront condamnés à un emprisonnement dont la durée ne pourra excéder le temps pendant lequel ils auront encore à subir la transportation. » Un règlement du 31 janvier 1850 réglait la police de l'établissement.

Ces mesures ont été reprises et étendues après les événements de décembre 1851. L'art. 1er du décret du 8 décembre 1851 (aujourd'hui abrogé) portait: « Tout individu placé sous la surveillance de la haute police, qui sera reconnu coupable du délit de rupture de ban, pourra être transporté, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie. La durée de la déportation sera de

cinq années au moins et de dix années au plus. » L'art. 2 ajoutait: « La même mesure sera applicable aux individus reconnus coupables d'avoir fait partie d'une société secrète. » Enfin l'art. 7 reproduisait les dispositions prescrites par l'art. 5 de la loi du 24 janvier 1850. Un décret du 28 mars 1852 divisait les transportés en colonies pénitentiaires et leur assignait des concessions de terres. Enfin, la loi du 27 février 1858, aujourd'hui abrogée [1], autorisait l'internement en Algérie des condamnés pour les crimes et délits politiques prévus par les articles 5 et 6 de cette loi, et des individus déjà internés dans un département ou expulsés du territoire, et que des faits graves signaleraient de nouveau comme dangereux pour la sûreté publique.

Toutes ces mesures ont cessé à l'époque de l'amnistie du 16 août 1859. On doit faire des vœux pour qu'elles ne soient jamais renouvelées. Mais elles ont jeté le germe de la transportation qui a été déjà appliquée aux condamnés aux travaux forcés, et qui sera peut-être étendue à d'autres classes de condamnés. C'est surtout à ce titre que nous avons dû en faire mention [2].

§ IV. — *Des peines temporaires.*

76. Les peines temporaires, que le Code pénal a qualifiées afflictives et infamantes sont au nombre de trois : *les travaux forcés à temps*, *la détention* et *la réclusion*. Nous nous sommes expliqué sur la première de ces peines quand elle est perpétuelle; nos réflexions s'appliquent parfaitement au cas où elle est prononcée entre le minimum de cinq et le maximum de vingt ans [3]. Il nous reste donc à parler de *la détention* et de *la réclusion*.

1. * * Le décret du 8 décembre 1851 et la loi du 27 février 1858 ont été abrogés par le décret du gouvernement de la Défense nationale du 24 octobre 1870.

2. * * Les peines de la déportation simple et de la déportation dans une enceinte fortifiée sont remplacées, à l'égard du septuagénaire, par la détention à perpétuité (art. 70,71 C. P.) ; mais cet âge arrivant pendant l'exécution de la peine n'entraine pas de commutation.

3. * * V. aussi, p. 123 note 1.

Quoique la *réclusion* soit placée la dernière dans l'ordre des peines, à raison de ce que son maximum est limité à dix ans, elle est plus sévère que la détention temporaire, soit par le mode de son exécution, soit par les peines accessoires dont elle peut être accompagnée. La *réclusion* est la base principale de notre système pénal; c'est, en général, la peine des sociétés civilisées. Il importe peu que le législateur l'appelle réclusion, détention ou emprisonnement. Sa première qualité est d'être éminemment *correctionnelle*, parce qu'elle peut être combinée avec le travail, parce qu'on peut lui imprimer une tendance morale. Le système pénitentiaire n'est qu'un mode d'application de cette peine.

La *réclusion* ou *emprisonnement* (car ces deux peines sont absolument identiques) consiste à enfermer le coupable dans une maison de détention, et à l'employer à l'un des travaux établis dans cette maison. (Art. 21 et 40 Code pénal.) Les avantages de cette peine sont faciles à apprécier. Elle est *divisible*, car on peut en modifier à volonté l'intensité et la durée. Elle est *appréciable*, car tous les hommes sont sensibles à la perte de leur liberté. Peut-être est-elle défectueuse sous le rapport de *l'égalité*, car l'emprisonnement n'impose pas à tous les hommes la même perte de fortune et de jouissance ; mais, en confiant aux tribunaux une certaine mesure de pouvoir discrétionnaire, ces inégalités peuvent être prévenues. Elle est *instructive* et *exemplaire ;* elle enlève au condamné tous les moyens de nuire ; enfin, elle est la seule peine qui se prête à des essais d'amendement moral.

Est-il nécessaire d'ajouter que ce dernier résultat serait vainement recherché dans l'application actuelle de cette peine ? Les récidives dans lesquelles tombent annuellement plus du tiers des condamnés qui sortent des maisons centrales n'accusent que trop hautement le mode de cette application. Mais nous n'avons point à signaler ici les vices de nos prisons [1] ;

1. * * On lira avec intérêt le *Rapport sur les Etablissements pénitentiaires* de M. d'Haussonville, chap. 8, 9 et 10. — V. aussi sur l'état du régime pénitentiaire en France : *Le régime pénitentiaire au pavillon du ministère de l'Intérieur*. (Exposition universelle de 1878 ; Journal Off. des 16 et 24 octobre 1878).

des hommes éclairés et courageux en préparent la réforme ; nos vœux les suivent dans leurs travaux. Le seul fait qu'il importe de rappeler, c'est que la peine de la réclusion ou de l'emprisonnement, flexible dans son exécution, offrant des degrés pour la variété des crimes, peut seule permettre l'application d'un système pénitentiaire. C'est donc le lieu d'examiner, en peu de mots, le but et les espérances de ce système.

77. Les prisons pénitentiaires sont encore nouvelles en Europe ; il y a à peine un demi-siècle qu'elles ont été créées aux États-Unis. La diversité des procédés qui y ont été appliqués successivement, et quelques essais infructueux ont suscité des adversaires à ces établissements. Les uns ont pensé que la régénération des condamnés n'était qu'un rêve brillant d'une crédule philanthropie : d'autres, prompts à se bercer d'illusions, après avoir exagéré les effets de ce système, l'ont dédaigné dès qu'ils ont vu qu'il ne pouvait réaliser leurs folles espérances. On a craint enfin que la douceur du régime pénitentiaire n'exerçât pas une répression suffisante, et que les condamnés ne vinssent à trouver trop d'agrément dans les prisons.

La question avait été mal comprise. Le but du système pénitentiaire n'a jamais été et ne peut être de régénérer radicalement les condamnés, de leur restituer une pureté primitive, d'en faire d'honnêtes gens dans l'entière acception de ce mot. Quelques-uns peuvent sans doute arriver à ce degré ; on doit même en conserver l'espoir ; mais il serait chimérique de l'attendre du plus grand nombre, et il suffirait, pour détruire cette idée, de jeter un regard sur les éléments dont se compose la population des prisons.

Toutefois il ne faut pas méconnaître les bienfaits réels de cette institution, parce qu'on lui dénie des effets presque impossibles. Son but est d'empêcher les récidives, et ce but, s'il était complètement atteint, serait encore pour la société un immense avantage. Indépendamment des principes de moralité qu'on doit s'efforcer d'inculquer au condamné, la mission principale du régime pénitentiaire est de lui imprimer des habitudes d'ordre et de travail, de l'éclairer sur ses

véritables intérêts, de lui faire comprendre et suivre les règles de cette honnêteté relative qui consiste à s'abstenir de ce que la loi défend de faire. Réduit à ces simples proportions, le problème cesse d'être insoluble; les moyens d'exécution, devenus presque matériels, sont plus faciles à mettre en œuvre, et l'œil en suit, pour ainsi dire, les effets pendant la durée de la détention. La régénération morale n'est plus qu'une conséquence, et non le but unique.

Il n'est pas sans intérêt de jeter sur les moyens un rapide coup d'œil.

78. La première règle de tout système pénitentiaire est la séparation des criminels dans les prisons. L'expérience n'a que trop appris que la communication de ces hommes entre eux rend impossible toute réforme morale, et devient même nécessairement la source d'une affreuse corruption. En effet, les détenus les plus consommés dans le crime initient les plus timides à leur funeste science, ébranlent leurs irrésolutions, les font rougir d'un remords, et leur impriment dans l'âme la lèpre du crime. La prison devient une école de démoralisation. Les classifications des condamnés, basées soit sur la nature des crimes, soit sur les degrés de la criminalité, sont un premier moyen de remédier au mal; elles doivent être le principe et la base du système. Leur premier avantage, celui qu'on peut au moins espérer, est que les condamnés ne deviennent pas, dans les prisons, pires qu'ils n'étaient en y entrant.

Le travail est la seconde règle de l'institution. Son but est, d'abord, d'arracher les détenus aux vices qu'engendre l'oisiveté; ensuite, de leur donner des habitudes d'ordre et de travail qui les suivent lorsqu'ils redeviennent libres. On a agité la question de savoir si la société avait le droit de contraindre les détenus au travail. Benjamin Constant l'a nié: « Une maxime qui me semble incontestable, a-t-il dit, et sans laquelle l'esclavage, aboli par la religion et les progrès des lumières, serait chaque jour à la veille de renaître, c'est que l'homme ne peut aliéner sa personne et ses facultés que pour un temps limité et par un acte de sa volonté propre: si l'usage qu'il en fait est nuisible, ôtez-lui-en l'usage; si le mal dont il est l'auteur est tel, que la sûreté publique exige qu'il en soit privé

pour jamais, condamnez-le à mort. Mais tourner ses facultés à votre profit, c'est revenir aux époques les plus grossières, c'est consacrer la servitude, c'est dégrader la condition humaine [1]. » L'erreur de ce raisonnement a été parfaitement démontrée. Le travail dans les prisons n'a rien de commun avec l'esclavage ; on n'attente pas aux droits de l'homme en exigeant qu'il répare le dommage qu'il a causé ; et, si l'on admet que la société a le droit de séquestrer celui de ses membres qui fait abus de sa liberté, il faut qu'elle ait le moyen de le corriger, s'il est possible [2]. La question deviendrait plus délicate s'il s'agissait de savoir si l'on peut infliger des châtiments corporels au condamné qui refuse de se soumettre à l'obligation du travail. Nous ne faisons toutefois aucune difficulté de l'admettre ; non que nous pensions qu'on doive, comme aux Etats-Unis, employer le fouet contre les condamnés rebelles [3] : cette peine ignominieuse, que nos mœurs repousseraient d'ailleurs, nous paraît plus propre à flétrir le détenu qu'à le relever à ses propres yeux. M. Livingston propose de substituer à la peine du fouet, comme châtiment disciplinaire, l'emprisonnement solitaire de jour et de nuit, sans travail, et avec réduction de nourriture [4]. Quoiqu'il en soit, il nous paraît incontestable que la société doit employer tous les moyens de corriger le coupable. Or, un travail régulier contribue à effacer les mauvaises habitudes, donne à l'existence du condamné un but utile et moral, réveille dans son âme des idées d'ordre, le réhabilite à ses propres yeux, et, en lui assurant un pécule à sa sortie et une profession dans la société, lui donne des forces contre ses propres penchants, et lui ôte jusqu'à l'occasion du crime.

1. Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri, 3e part., ch. 12 ; et Lettre de Benjamin Constant à M. Taillandier, rapportée dans l'introduction qui précède le rapport de M. Livingston au sénat de la Louisiane.

2. M. Charles Lucas, du Système pénal, p. 255 ; et M. Taillandier, *loc. cit.*, p. 21.

3. Du Système pénitentiaire aux Etats-Unis, par MM. de Beaumont et de Tocqueville.

4. Introductory report to the Code of reform and prison discipline.

79. Aux États-Unis, deux modes d'exécution avaient longtemps divisé les esprits : l'un et l'autre sont appliqués dans les pénitenciers d'Auburn et de Philadelphie. Ces deux systèmes reposent également sur l'isolement et le travail, mais ils diffèrent dans l'exécution. « Dans l'ancienne prison d'Auburn, disent MM. de Beaumont et de Tocqueville[1], on a essayé l'isolement sans le travail, et les détenus qui ne sont pas devenus fous, ou qui ne sont pas morts de désespoir, ne sont rentrés dans la société que pour y commettre de nouveaux crimes. » Les fondateurs de la nouvelle maison d'Auburn ont employé une voie différente : les détenus ne sont enfermés dans leurs cellules que pendant la nuit. Durant le jour, ils travaillent ensemble dans des ateliers communs, mais ils sont assujettis à la loi d'un silence rigoureux qui les isole les uns des autres et prévient toute liaison entre eux. A Philadelphie, au contraire, chaque prisonnier est renfermé dans une cellule particulière, le jour comme la nuit ; mais le travail les occupe, les soutient et les console ; ils y trouvent un appui actuel, une espérance pour l'avenir. Ce dernier système paraît avoir été appliqué dans la maison de Louvain, en Belgique, avec de sages précautions qui en tempèrent les inconvénients. Néanmoins, le mode de la maison d'Auburn paraît jusqu'ici réunir le plus de suffrages. C'est celui qui a été adopté dans la maison disciplinaire de Genève. C'est celui qui a suscité les innovations les plus utiles. Ces innovations se sont produites avec succès dans la maison de Munich, dirigée par M. Obermayer, et surtout dans les maisons de Mountjoy et de Smithfield, établies en Irlande sous la direction de sir Walter Crofton. Les détenus, classés dans plusieurs catégories dont le régime est plus ou moins rigoureux, passent de l'une dans l'autre à mesure qu'ils le méritent par leur bonne conduite, et peuvent parvenir ainsi à obtenir une demi-liberté qui, par ces épreuves intermédiaires, les prépare à une situation stable lors de leur libération définitive.

Nous n'entrerons pas plus loin dans l'analyse du but et des effets présumés de cette institution. Il serait en dehors de

1. Du Système pénitentiaire aux Etats-Unis.

notre plan d'examiner les divers systèmes proposés pour son exécution par les publicistes célèbres[1]. Nous nous bornerons à dire que de récentes expériences tendent à acclimater en France cette grande et bienfaisante pensée, et quelques succès déjà obtenus permettent d'en espérer de plus grands pour l'avenir. Toutes les maisons centrales, en dehors de l'ordre matériel qui y règne, ne présentent, en ce qui concerne l'ordre moral, que de très faibles progrès : on y a organisé depuis quelques années des quartiers spéciaux de préservation et d'amendement ; c'est un premier pas, mais ce n'est pas assez. On a en même temps fondé des pénitenciers agricoles à Chiavari, à Casabianca et à Castellaccio en Corse. Ce sont encore là des essais dont les résultats ne sont pas constatés.

Une dernière observation sur ce sujet. Peut-être les partisans du système pénitentiaire se sont-ils trop exclusivement préoccupés de la partie matérielle de cette institution : l'instruction morale et religieuse en doit être la base nécessaire. L'influence de la religion est le plus puissant auxiliaire de la réforme des détenus. Elle seule peut achever ce que la société commence et prépare; elle seule, en mettant son sceau à cette réforme, peut la rendre efficace et durable. C'est ainsi que la nécessité du travail, qui dompte le penchant du condamné à l'oisiveté, la loi du silence qui le fait réfléchir, et qui le place en face de son crime et de sa peine, la connaissance plus nette de ses intérêts, l'instruction religieuse qui le console en l'éclairant, enfin l'habitude de l'obéissance et jusqu'à la

1. Voy. Bentham, Théorie des peines, ch. 12. — Traité de législation, article Panoptique; — M. Rossi, sur la maison de Genève, t. 3, p. 83 ; — M. Livingston, Code of reform and prison discipline ; — M. Charles Lucas, Système pénal et du Système pénitentiaire ; — Et toutes les dissertations de MM. Léon Vidal, Cerfbeer, Robernier, Jules de Lamarque, Lélut Despiou, Fernand Desportes, Robin, Bonneville, etc. — ** V. encore le rapport de la Commission de la Cour de Cassation pour le régime des établissements pénitentiaires par M. Greffier, et un article de M. Charles Lucas dans la Revue Critique, 1870-73, p. 310. — V. aussi la loi du 5 juin 1875, *sur le régime des prisons départementales*, et la loi du 14 août 1885, *sur les moyens de prévenir la récidive*, dont il sera parlé ultérieurement.

régularité d'une vie uniforme, concourront à produire sur son esprit une impression profonde et régénératrice. Cette impression peut le laver de la tache de son crime, l'imprégner de sentiments nouveaux, et, sinon lui rendre sa pureté primitive, du moins en faire un citoyen utile, et alors la société devra s'applaudir de ses efforts; mais alors même qu'elle n'aurait pour effet que de lui imprimer l'obéissance aux lois, en lui ôtant le désir et l'intérêt de les violer, cet effet serait encore assez beau, assez fécond, pour assurer au système pénitentiaire le concours et les travaux de tous les amis éclairés de l'humanité.

80. C'est comme moyen de produire ces effets que la peine de la réclusion, avec toutes les modifications qu'elle comporte, possède une supériorité éminente sur toutes les autres mesures répressives. M. Livingston en a fait la base de son Code. M. Charles Lucas la propose comme le fondement de tout son système de répression ; enfin, Bentham ne reconnaît qu'à cette peine les qualités nombreuses qu'il exige des mesures pénales [1].

Au surplus, ces trois publicistes établissent dans le mode d'exécution de la réclusion différents degrés : Bentham propose, dans sa panoptique, de l'aggraver de trois mesures pénitentielles, qui sont la solitude, l'obscurité et la diète. « Leur mérite, dit-il, est dans leur tendance à réformer les dispositions vicieuses du délinquant. » Le Code pénal d'Autriche a adopté ces mesures, mais comme moyens d'aggravation de la peine et non d'amendement moral des condamnés. Livingston a également donné trois degrés à l'emprisonnement : la simple détention, l'emprisonnement avec travail forcé, le confinement solitaire [2]. « Il n'y a pas d'offense, dit-il, quelque légère qu'elle soit, qui ne trouve dans ces trois degrés une correction proportionnée à sa gravité, ni de crime si atroce

1. Report on the plan of a penal code, by Edwards Livingstone, p. 36. — Du système pénal, par M. Charles Lucas. — Théorie des peines et Traité de législation, par Bentham.

2. « Single imprisonment; imprisonment with hard labour ; solitary confinement during certain intervals of time of the imprisonment. »

qui ne soit efficacement puni par l'accumulation et le concours des différents degrés. Lorsqu'à ces peines on ajoute les peines qui sont établies, dans certains cas, relativement à la nourriture et aux autres nécessités de la vie, pendant le temps de la punition, on trouvera que ce genre de châtiment possède au plus haut degré la qualité essentielle de se proportionner à tous les délits et à chacun des délinquants. » M. Charles Lucas a emprunté aux prisons américaines cet emploi du *solitary confinement*, qu'il combine avec la réclusion : de même que M. Livingston, c'est par l'application de cette mesure aggravante de l'emprisonnement qu'il a proposé de remplacer la peine de mort. En 1791, le comité de législation et de constitution avait émis la même pensée. Cette peine est tellement rigoureuse, qu'on a reconnu en Pensylvanie l'impossibilité de la faire subir sans intervalles dans toute sa durée : les inspecteurs des prisons ont le pouvoir d'en répartir la durée à leur choix, « pourvu, dit M. Larochefoucauld-Liancourt, que la portion ordonnée par la sentence ait lieu dans le cours du temps de la détention [1]. »

Ainsi la peine de la *réclusion* ou *emprisonnement* peut être variée et dans sa durée et dans son mode d'exécution : *temporaire* ou *perpétuelle*, suivant la gravité du délit, elle se combine avec le travail, s'aggrave de la solitude et même de l'obscurité et du changement de nourriture, suivant les exigences de l'ordre ou les besoins de la réforme morale du condamné ; elle se plie à tous les genres de criminalité, légère pour les délits légers, grave et terrible pour les crimes atroces. Elle procure à la société la réparation de l'offense, et lui promet la régénération du coupable ; elle ne laisse aucune erreur irréparable. C'est donc à cette peine que l'ordre social semble devoir demander le plus souvent les garanties dont il a besoin.

81. La *détention*, peine nouvellement introduite dans nos lois, n'est qu'une variété de la réclusion ; elle n'en diffère que par le mode d'exécution. « Quiconque, porte l'art. 20 du Code pénal, aura été condamné à la détention, sera renfermé dans

1. Des prisons de Philadelphie, par un Européen.

l'une des forteresses situées sur le territoire continental du royaume, qui auront été déterminées par une ordonnance royale rendue dans la forme des règlements d'administration publique[1]. Il communiquera avec les personnes placées dans l'intérieur du lieu de la détention ou avec celles du dehors, conformément aux règlements de police établis par une ordonnance du roi. — La détention ne peut être prononcée pour moins de cinq ans, ni pour plus de vingt ans, sauf les cas prévus par l'art. 33[2]. Ainsi les condamnés ne peuvent être assujettis à aucun travail, et les communications, soit entre eux, soit avec leur famille et leurs amis, sont formellement autorisées. Le législateur a voulu adoucir la peine ; toutes les mesures, telles que le travail ou la solitude, qui pouvaient l'aggraver, en ont été bannies ; elle se borne à la simple privation de la liberté.

La détention est destinée à réprimer les attentats politiques. « Cette peine, disait M. Taillandier, lors de la discussion de la loi, portera aux âges futurs la preuve du haut degré de civilisation auquel notre patrie est arrivée[3]. » Et, en effet, elle manquait à nos lois ; elle révèle un esprit de mansuétude et d'humanité qui honore le législateur. Les délits que la détention est destinée à punir, supposent moins de perversité que d'audace, moins de corruption dans le cœur que d'inquiétude dans l'esprit, en un mot, moins de vices que de passions. L'amélioration morale a beaucoup moins à faire : le temps et la réclusion suffisent ; le but que le législateur se propose, c'est la sécurité de la société, et la détention l'assure. Il est donc inutile de l'aggraver soit par le régime humiliant, soit par les travaux pénibles des prisons. « C'est, dit le rapporteur de la Chambre des députés, une peine spéciale réservée à

1. * * L'ordonnance du 22 janvier 1835 avait affecté à l'exécution de cette peine la citadelle de Doullens ; le décret du 23 juillet 1850, la citadelle de Belle-Isle-en-Mer ; celui du 17 mars 1858, la citadelle de Corte, en Corse ; le décret du 16 janvier 1874 a désigné le fort de l'île Sainte-Marguerite, département des Alpes-Maritimes.

2. Le cas de rupture de ban, par un condamné au bannissement.

3. Code pénal progressif, p. 114.

des crimes spéciaux, et qui ne peut pas plus être comparée aux autres peines, que les crimes politiques ne peuvent être comparés aux autres crimes [1].

82. Nous terminerons ce chapitre par un rapprochement des systèmes répressifs qui sont considérés comme les moins défectueux.

Le Code pénal d'Autriche ne prononce que deux peines : la mort, et la détention du coupable dans une prison ; mais cette dernière peine se divise en trois degrés : la prison est simple, dure et très dure, suivant le degré de la culpabilité ; elle peut encore être aggravée par le travail public, par l'exposition et le carcan, par des coups de bâton et de verges, et par le jeûne. Dans tous les cas, à la peine est jointe l'obligation du travail.

Les pénalités du Code du Brésil sont plus variées : après la peine de mort viennent les galères, la prison aux travaux, la prison simple, le bannissement, la déportation, l'exil local, enfin l'amende proportionnelle, réglée selon ce que les condamnés peuvent retirer chaque jour de leurs biens.

Les peines de la loi anglaise se réduisent à un petit nombre : la peine de mort, la transportation à Botany-Bay, l'emprisonnement avec ou sans travail (with or without hard labour), le pilori, le fouet et les amendes [2].

L'administration anglaise a changé plusieurs fois de système. Elle a pendant longtemps placé toute sa pénalité dans la transportation ; ensuite elle a fait précéder sa transportation d'une détention cellulaire qui était limitée à quelques mois ; puis, restreignant peu à peu la transportation, elle lui a substitué les travaux pénibles ; puis enfin, combinant à la fois la cellule, le travail en commun, et les mises en liberté provisoire (tickets of leave), elle tend à généraliser le système pratiqué en Irlande.

Les Codes de Belgique et de Prusse ne présentent pas, en ce qui concerne la pénalité et sauf quelques détails, de sensibles différences avec notre Code. Le Code pénal de la Confé-

1. Code pénal progressif, p. 100.
2. Summary of the criminal law, by Henri Stephen, 1834, p. 320.

dération du Nord s'éloigne en quelques points du Code prussien : il a admis le système des libérations provisoires, la surveillance de la police et une détention de police qui se gradue de 1 jour à 45 jours. Il a admis aussi l'emploi des condamnés à des travaux publics en dehors des maisons de force. Le Code pénal de Suède établit, commme les précédents, comme pénalités, la mort, les travaux forcés à perpétuité et à temps, l'emprisonnement et l'amende. Les travaux forcés à temps sont gradués de deux mois à dix ans; l'emprisonnement d'un mois à deux ans. Il convertit, comme le Code de Prusse, l'amende en emprisonnement, et admet un emprisonnement au pain et à l'eau.

Enfin, le système pénal du Code de la Louisiane se résume dans ces termes : amendes pécuniaires, destitution d'office, simple emprisonnement, privation temporaire des droits civils, privation permanente des droits civils, emprisonnement aux travaux de force à temps ou à vie, enfin réclusion solitaire durant des périodes fixées par la sentence.

En examinant ces divers systèmes répressifs, en suivant leurs applications, il serait facile d'établir que l'échelle pénale de notre Code est moins défectueuse encore que celle des autres Codes, celui de la Louisiane excepté. Mais ce dernier Code, qui supprime la peine de mort et s'adapte entièrement au système pénitentiaire, attend encore la sanction de l'expérience. En matière pénale, le législateur ne doit s'avancer qu'avec une sage réserve dans la carrière des innovations ; on ne doit pas légèrement désarmer la loi. Nous pensons donc, et c'est à cela que se résument nos observations, que le système pénal du Code, sans être bouleversé, comme l'ont proposé quelques publicistes, pourrait être utilement modifié. En maintenant la peine de mort avec de graves restrictions, en maintenant les peines perpétuelles, ces deux premiers degrés de l'échelle, il faudrait détruire la distinction qui sépare les peines afflictives infamantes et non infamantes, resserrer l'emploi des travaux forcés, confondre la réclusion avec l'emprisonnement laborieux, élargir cette peine pour y comprendre la plupart des crimes contre la propriété, enfin assigner au régime des prisons un but péniten-

tiaire [1]. A ces simples termes semblent se réduire les réformes les plus urgentes ; et la société doit les accueillir

1. * * Ces vœux ont été en partie réalisés, du moins en théorie, par la loi du 5 juin 1875, *sur le régime des prisons départementales* et par celle du 14 août 1885, *sur les moyens de prévenir la récidive.*

D'après la loi du 5 juin 1875, les *inculpés, prévenus* et *accusés* doivent être individuellement séparés pendant le jour et la nuit (art. 1er) ; les condamnés à un emprisonnement d'un an et un jour et au-dessous doivent être soumis à l'emprisonnement individuel dans les prisons départementales (art. 2) ; les condamnés pour une durée plus longue peuvent y être soumis sur leur demande dans les prisons départementales (art. 3) ; la durée des peines supérieures à 3 mois, subies sous le régime de l'emprisonnement individuel, sera de plein droit réduite d'un quart (art. 4). En exécution de l'art. 9 de la même loi, un conseil supérieur des prisons a été institué par décret du 4 novembre 1875. Malheureusement l'application de cette réforme nécessite la transformation des prisons, et l'œuvre est à peine commencée.

La loi du 14 août 1885 a disposé, dans son article 1er, que « un régime disciplinaire, basé sur la constatation journalière de la conduite ou du travail sera institué dans les divers établissements pénitentiaires de France et d'Algérie, en vue de favoriser l'amendement des condamnés et de les préparer à la liberation conditionnelle », et elle a organisé cette libération, ainsi que le patronage des libérés.

Voici les principales dispositions de cette loi, si importante au point de vue pénitentiaire : Tout condamné qui a subi la moitié de sa peine (trois mois au minimum) peut être mis conditionnellement en liberté ; toutefois, s'il y a récidive légale, la libération n'est accordée qu'après l'expiration des deux tiers de la peine, avec six mois comme minimum. Si le condamné était passible de la relégation (peine nouvelle introduite par la loi du 27 mai 1885, que nous étudierons), il peut, dans les mêmes conditions, être sursis à l'exécution de cette peine. La mise en liberté peut être révoquée en cas d'inconduite habituelle et publique ou d'infraction aux conditions exprimées dans le permis de libération. Les arrêtés de libération conditionnelle et de révocation sont pris par le ministre de l'Intérieur : les premiers, après avis du préfet, du directeur de l'établissement et du parquet près la juridiction qui a prononcé la condamnation ; les seconds, après avis du préfet et du procureur de la République de la résidence du libéré.

Ce système de la libération provisoire, introduit en Autriche depuis 1866 comme une simple faculté accessoire du droit de grâce, avait été consacré par le Code pénal allemand (art. 23, 24 et 25) et par le Code pénal hongrois. (V., sur cette institution : Ortolan, II, nos 1343 et 1489 ; — d'Haussonville,

sans effroi, car elle y trouve de nouvelles garanties pour l'avenir, et elle conserve toutes celles qu'elle possédait déjà.

Les Etablissements pénitentiaires, p. 486 et suiv. ; — Bonneville, *Traité des diverses institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 199-248; — Tissot, *Introduction philosophique à l'étude du droit pénal*, p. 406 et suiv.)

CHAPITRE VI.

DES PEINES INFAMANTES.

(Commentaire des art. 22, 32, 33, 34 et 35 du Code pénal).

83. Distinction des peines infamantes et non infamantes.
84. Définition de la peine du bannissement (art. 32). Son caractère et ses effets.
85. Dans quels cas cette peine est appliquée.
86. De l'infraction par le banni de son ban (art. 33).
87. Définition de la dégradation civique (art. 34).
88. Examen des déchéances qu'elle entraîne. De la privation des droits politiques.
89. Incapacité d'exercer certaines fonctions.
90. Incapacité de témoigner en justice.
91. Incapacité de port d'armes.
92. Incapacités de faire partie de la garde nationale, de l'armée, de tenir école.
93. De l'emprisonnement attaché à la dégradation civique (art. 35).
94. De la peine de l'exposition publique (art. 32). Législation.
95. Ses inconvénients et ses vices. Décret du 12 avril 1848, qui a prononcé sa suppression.

---

83. Nous avons parlé, dans le chapitre qui précède, de cette distinction capitale que le Code a reprise de notre ancien droit criminel, et qui consiste à séparer parmi les peines celles qui sont infamantes et celles qui ne sont pas infamantes. Il nous semble parfaitement inutile d'insister sur ce sujet [1].

Le Code, depuis la suppression du carcan, ne compte plus que deux peines exclusivement infamantes : le *bannissement* et la *dégradation civique*. On ajoutait, avant le décret du

1. *Suprà*, n. 55.

12 avril 1848, l'*exposition publique*, qui, abolie comme peine principale sous le nom de carcan, avait été conservée comme peine accessoire avec les mêmes caractères et les mêmes effets.

84. Le *bannissement* est défini par les articles 32 et 33 du Code pénal[1]: c'est l'expulsion du condamné du territoire. On peut considérer cette peine sous deux points de vue: comme une peine générale applicable à des crimes d'un ordre différent, ou comme une mesure spéciale réservée à des crimes d'une nature particulière et identique.

Beccaria propose d'appliquer le bannissement aux cas les plus divers: il semble qu'il ait voulu en faire une peine universelle pour tous les délits. « Celui qui trouble la tranquillité publique, dit-il, qui n'obéit point aux lois, qui viole les conditions sous lesquelles les hommes se soutiennent et se défendent mutuellement, celui-là doit être exclu de la société, c'est-à-dire banni[2]. » On retrouve dans cette idée une influence vivante encore des républiques anciennes: l'exil était la peine la plus commune des citoyens de la Grèce et de Rome. Les Romains en distinguaient trois espèces: le premier laissait à l'exilé le choix de tous les lieux, moins un seul; le second le fixait dans un lieu à l'exclusion de tous; le troisième le jetait dans les fers d'une île, *in vinculum insulæ*.

Considéré sous un point de vue général, le bannissement a été parfaitement défini par M. Pastoret, l'action de s'envoyer de peuple à peuple l'écume de la société. « L'universalité de cette peine, ajoute ce publiciste, démontre bien chez toutes les nations l'égoïsme de la loi. Au lieu de nous regarder comme une immense famille, nous rejetons sans pitié sur les peuples

1. Art. 32. Quiconque aura été condamné au bannissement sera transporté, par ordre du gouvernement, hors du territoire du royaume. — La durée du bannissement sera au moins de cinq années, et de dix ans au plus.

Art. 33. Si le banni, avant l'expiration de la peine, rentre sur le territoire du royaume, il sera, sur la seule preuve de son identité, condamné à la détention pour un temps au moins égal à celui qui restait à courir jusqu'à l'expiration du bannissement, et qui ne pourra excéder le double de ce temps.

2. Des délits et des peines, ch. 17.

voisins un mal redouté... Quand le délit tient moins à la demeure du coupable qu'à ses inclinations ou à sa misère, il ne trouve dans son éloignement ni correction ni ressource[1]. »

Il est certain que le bannissement, fût-il un remède efficace, est peu en harmonie avec la justice et les procédés que les nations se doivent entre elles. Le coupable, chassé d'un pays, doit nécessairement se réfugier dans un autre; et partout où il porte ses pas ses inclinations perverses le suivent, il amène le fléau de sa corruption. Si le crime qu'il a commis a rendu sa présence dangereuse dans sa patrie, comment deviendrait-elle inoffensive dans la contrée qu'il a choisie pour asile? Y trouvera-t-il des ressources plus abondantes pour prévenir sa rechute? Quelque distance placée entre le lieu du crime et le criminel aura-t-elle pour effet d'amender tout à coup ses penchants vicieux? Chaque nation, d'ailleurs, aurait le droit de se plaindre d'une loi qui fait de son territoire un repaire des bandits de ses voisins, chaque nation aurait le droit de leur refuser l'entrée de son territoire; et dès lors quelle serait une peine qui ne pourrait être infligée qu'avec le consentement d'un peuple étranger, et qu'il serait nécessaire de commuer sans cesse en une autre peine d'une nature et d'une gravité différentes?

Ces considérations ont été suffisantes pour dérober à l'application de cette peine les crimes communs; aussi, de nos jours, n'est-elle infligée que rarement, et pour des crimes politiques. C'était là l'intention des rédacteurs du Code qui la rétablirent. M. Treilhard s'exprimait ainsi: « Nous avons rétabli la peine de la relégation ou du bannissement; elle nous a paru convenable pour certains crimes politiques qui, ne supposant pas toujours un dernier degré de perversité, ne doivent pas être punis de peines réservées aux hommes profondément corrompus. » M. d'Haubersart ajoutait devant le Corps législatif: « Le bannissement avait été aboli par l'Assemblée constituante; il faut convenir qu'appliqué comme il l'était alors aux délits de toute nature, cette suppression était politique et sage; le bannissement, à cette époque, était un

1. Lois pénales, t. 1, 2e part., p. 112.

échange de malfaiteurs entre les gouvernements : aussi n'est-il rétabli par le projet que pour les crimes politiques ; ainsi modifiée, cette peine devient sans inconvénient. Un homme, en effet, peut être mauvais citoyen dans un pays et ne l'être pas dans un autre ; la présence du coupable d'un délit politique n'a ordinairement qu'un danger local, et qui peut disparaitre dans le gouvernement sous lequel se fixe le banni [1]. » M. Rossi [2] et M. Charles Lucas [3] s'accordent aussi à considérer le bannissement comme approprié aux délits de cette nature : il perd alors, suivant ces publicistes, ce qu'il a de malfaisant et de dangereux quand on l'applique à une grande masse d'hommes coupables de crimes divers ; il est en même temps suffisant pour le but de la justice sociale [4]. M. Livingston ne partage pas cette opinion : « Même appliqué aux crimes d'État, dit-il, ce mode de châtiment est dangereux ; car un factieux trouve souvent au dehors des moyens de nuire plus efficaces et plus redoutables que ceux que lui eût fournis sa patrie [5]. »

Nous ajouterons que la convenance de cette peine pouvait n'être point contestée à une époque où le bannissement retranchait complètement le banni de sa patrie. Mais, dans nos États modernes, où la facilité des correspondances fait, pour ainsi dire, vivre l'exilé au milieu de son pays, où la rivalité des nations et la solidarité des partis offrent partout à l'exilé des amis et des auxiliaires, le bannissement est quelquefois, en matière politique, une peine très peu préventive : il renvoie le condamné à ses complices [6].

Ensuite on doit remarquer que cette peine n'est nullement *exemplaire*, puisque le mal que souffre le banni est entièrement perdu pour l'exemple ; et qu'elle est essentiellement *inégale*, puisqu'à l'égard de certains hommes, elle peut être

1. Locré, t. 29, p. 205, 222.
2. Traité du droit pénal, t. 3, p. 168.
3. Du système pénal, liv. 3.
4. On peut citer pour exemples les lois des 12 janvier 1816 et avril 1831.
5. Report on the plan of a penal code, p. 20.
6. Rapport de M. Dumon.

absolument nulle, tandis que pour d'autres ses rigueurs sont telles qu'ils lui préféreraient la mort. En appliquant cette peine, le législateur ignore donc le degré de sévérité qu'il déploie, il ne connaît pas le mal qu'il inflige ; il sait seulement que ce mal, quel qu'il soit, sera perdu pour l'instruction de ceux qui pourraient imiter le condamné.

85. Il peut donc sembler étrange qu'une peine aussi défectueuse ait été maintenue dans l'échelle pénale, lors de la révision de 1832 ; mais les mêmes motifs qui ont fait conserver la déportation militaient pour le bannissement, et puis l'on n'était pas d'accord sur la peine qui pouvait remplacer celle-ci. La commission de la Chambre des députés n'a osé proposer que dans quatre cas la substitution de la détention au bannissement ; et cette substitution, fortement combattue parce qu'elle constituait une véritable aggravation des pénalités du Code, n'a été adoptée qu'à l'égard des articles 78, 81 et 82 ; elle a été rejetée de l'article 124, qui punit la coalition des fonctionnaires contre les ordres du gouvernement. Le motif qui l'a fait adopter dans les premiers articles cités est même tout spécial : ces articles supposent et punissent les correspondances avec l'étranger dans le but de lui livrer les plans de nos fortifications et de nos places fortes. Or on a pensé que punir du bannissement le Français qui trahit la France pour l'étranger, ce n'est autre chose que lui donner les moyens d'aller toucher le prix de sa trahison ; c'est l'atteindre d'une peine illusoire. C'est donc la spécialité du délit qui a seule déterminé la modification de la peine.

Dans tous les autres cas prévus par le Code [1], la peine du bannissement a été maintenue. En parcourant les infractions qui en restent frappées, on en trouve quelques-unes qui n'auraient jamais dû figurer dans l'énumération des délits ; telles sont la coalition des fonctionnaires pour s'opposer aux ordres du gouvernement (article 124), et la correspondance, sans autorisation, d'un ministre du culte avec la cour de Rome (article 208). Il en est d'autres, telles que la censure du gouvernement dans des instructions pastorales, la provocation à

1. Voy. les art. 84, 85, 102, 110, 115, 124, 156, 158, 202, 204 et 208.

lui désobéir par un ministre du culte (articles 202 et 204), qui sont punies trop sévèrement par le bannissement. Enfin les délits prévus par les articles 156 et 158 n'ont aucun caractère politique ; la falsification d'une feuille de route, et le fait de recevoir des frais de route avec cette feuille falsifiée constituent un délit commun dont on recherche vainement l'analogie avec cette peine.

86. L'article 33 du Code prévoit le cas où le banni a rompu son ban avant l'expiration de la peine. « Il sera, porte cet article, sur la seule preuve de son identité, condamné à la détention pour un temps au moins égal à celui qui restait à courir jusqu'à l'expiration du bannissement, et qui ne pourra excéder le double de ce temps. » L'ancien article portait la peine de la déportation : or, comme le mode d'exécution de cette peine était la détention à perpétuité, on a dû lui substituer la détention à temps, peine assurément suffisante pour punir la simple infraction du ban. Mais il est à remarquer que ce n'est point la détention de cinq à vingt ans, portée par la loi, que cet article a prononcée : c'est une peine d'une nature exceptionnelle et particulière, dont la durée, essentiellement variable, peut s'abaisser jusqu'à un seul jour et se prolonger jusqu'à vingt ans.

L'*infraction du ban* n'est point un délit moral ; c'est une contravention purement matérielle ; le seul fait de la présence du condamné sur le territoire la consomme ; aussi l'art. 33 dispose-t-il que la peine doit être appliquée *sur la seule preuve de l'identité* du condamné. Il suit de là que la procédure est celle que déterminent les art. 518 et 519 du Code d'instruction criminelle. La Cour d'assises qui a prononcé une première condamnation est donc seule compétente pour connaître de cette contravention, et elle doit prononcer sans assistance de jurés, car il n'y a point ici de faits à apprécier, d'intention à débattre. Quelle serait la mission des jurés ? Tout le procès se résume dans la reconnaissance du fait matériel de l'identité et dans l'application de la peine. Or, les art. 519 et 365 du Code d'instruction criminelle réservent aux juges de la Cour cette double attribution. Mais on doit remarquer que, d'après les termes mêmes de l'art. 33 du Code

pénal, cette poursuite ne saurait être formalisée par contumace : il faut que le banni ait été repris, qu'il soit présent aux débats, et que son identité soit matériellement constatée, pour que la peine de la détention puisse l'atteindre. La Cour de cassation a reconnu ce principe dans un arrêt[1].

87. La *dégradation civique* est la seconde peine infamante ; les art. 34 et 35 du Code décrivent les peines et les incapacités dont elle se compose[2]. Elle est prononcée dans certains cas comme peine principale ; mais elle est l'accessoire nécessaire des travaux forcés à temps, de la détention, de la réclusion et du bannissement (art. 28 du Code pénal).

La dégradation civique ne se manifeste par aucun acte extérieur ; elle prend sa source dans le jugement même de la condamnation ; c'est le prononcé du jugement qui la constate. Il n'en était pas ainsi sous l'empire du Code pénal de 1791 : l'art. 31 de ce Code (1re partie, titre 1er) disposait que le coupable qui aurait été condamné à la peine de la dégradation civique serait conduit sur la place publique du lieu où siégeait le tribunal qui l'avait prononcée, et que là le greffier lui

1. Arr. 6 mars 1817. Dall. 1817.1.167.

2. Art. 34. La dégradation civique consiste : 1° dans la destitution et l'exclusion des condamnés de toutes fonctions, emplois ou offices publics ; 2° dans la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, et en général de tous les droits civiques et politiques, et du droit de porter aucune décoration ; 3° dans l'incapacité d'être juré, expert, d'être employé comme témoin dans des actes, et de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ; 4° dans l'incapacité de faire partie d'aucun conseil de famille, et d'être tuteur, curateur, subrogé-tuteur ou conseil judiciaire, si ce n'est de ses propres enfants et sur l'avis conforme de la famille ; 5° dans la privation du droit de port d'armes, du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées françaises, de tenir école ou d'enseigner et d'être employé dans aucun établissement d'instruction, à titre de professeur, maître ou surveillant.

Art. 35. Toutes les fois que la dégradation civique sera prononcée comme peine principale, elle pourra être accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par l'arrêt de condamnation, n'excèdera pas cinq ans. — Si le coupable est un étranger, ou un Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l'emprisonnement devra toujours être prononcée.

adresserait ces mots : « Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme; la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français. »

Lors de la discussion du Code pénal de 1810, quelques objections furent émises au sein du Conseil d'Etat contre cette peine. Cambacérès proposait de la retrancher, parce que, établie comme peine accessoire, elle semblait contrarier la maxime *non bis in idem*. M. Béranger ajoutait que les interdictions qu'elle créait deviendraient des exemptions au lieu d'être des peines [1]. Mais il fut répondu par M. Treilhard que la peine la plus convenable qu'on pût infliger à celui qui avait troublé la paix et commis quelque délit dans une assemblée politique, était de lui en interdire l'entrée [2]. L'exposé des motifs du Code ajouta : « Il est des délits qui présentent avec l'exercice de ces droits une alliance offensante, et que repoussent le noble caractère des uns, l'intérêt grave et touchant des autres. Les plus belles fonctions du citoyen ne doivent pas être confiées à l'homme qui vient de porter atteinte aux principes et aux vertus sans lesquelles l'exercice en devient dangereux. » Nous reprendrons tout à l'heure ces diverses considérations.

Le législateur de 1832 a aggravé cette peine, et en même temps a multiplié les cas de son application : les incapacités ont été étendues au droit de faire partie de la garde nationale, à celui de tenir école. Elle peut être accompagnée d'une peine d'emprisonnement dont le maximun est de cinq ans. Et c'est ainsi modifiée qu'elle a été substituée à la peine principale du carcan.

Cette peine peut être, sous plusieurs rapports, l'objet de justes critiques. Ses principaux vices sont d'être perpétuelle comme toutes les peines infamantes, et de n'avoir aucune analogie avec la plupart des délits qu'elle est destinée à réprimer. En effet, les incapacités qu'elle entraine sont si nombreuses et si variées, qu'il est presque impossible qu'elles s'appli-

1. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 8 octobre 1808 ; Locré, t. 29. p. 122.

2. Locré, 29, p. 201.

quent avec la même raison à la même personne, au même délit. Ainsi on conçoit que l'on punisse de la privation des droits politiques le citoyen qui a falsifié les billets d'un scrutin, de la destitution d'une tutelle celui qui a été condamné pour vol ou pour corruption de mineur, de la perte de son titre le juge dont la faveur ou la haine a dicté le jugement, de la privation du droit de port d'armes celui qui en fait un funeste usage, etc. ; mais la réunion de ces diverses incapacités sur une seule tête, à raison d'un seul fait, est une mesure le plus souvent irrationnelle, quelquefois dérisoire. On peut s'en convaincre en parcourant les articles du Code qui la prononcent [1]. Où est l'analogie entre la privation des droits de famille et le fait d'un préfet ou d'un magistrat qui se sera immiscé dans un pouvoir étranger à ses attributions (art. 127 et 130) ? Quels rapports trouver entre le droit de chasse, le droit de servir dans l'armée ou celui de tenir une école, et le fait d'un fonctionnaire qui, de concert avec plusieurs autres, a donné sa démission (article 126), ou qui n'a pas obtempéré aux premières réquisitions d'un citoyen qui lui dénonçait une détention illégale (art. 119) ?

88. Arrêtons-nous à quelques-unes de ces incapacités.

La première, la privation des droits politiques, mérite particulièrement de fixer l'attention. A mesure que nos institutions se développent, que le principe électoral reçoit une plus large application, que les droits politiques des citoyens deviennent plus nombreux, la jouissance de ces droits acquerra plus d'importance, et cette peine prendra un caractère particulier de gravité. Il suit de cette observation qu'elle peut être employée avec efficacité vis-à-vis de certains délits, à l'égard d'une certaine classe de personnes. Mais c'est une peine qui ne peut être employée qu'avec une grande réserve et beaucoup de prudence. Car les droits politiques s'exercent au profit d'autrui ; les dissensions civiles pourraient s'en servir dans un but personnel, et le pouvoir judiciaire en faire un moyen de réaction sur l'ordre politique.

M. Rossi refuse de voir dans les droits civils ou de famille

1. Art. 111, 114, 119, 121, 126, 127, 130, 167, 183, 366.

matière de pénalité [1]. « On parle, dit-il, des droits dont on interdit l'exercice. Il serait plus exact de parler d'obligations dont on interdit l'accomplissement, de services qn'on empêche de rendre, et cela dans le but de punir celui sur lequel ces charges devraient peser. » Cette observation, qui ne fait que reproduire celle de M. Béranger au Conseil d'État, est spécieuse; mais il nous semble qu'elle a moins pour effet d'inculper la nature de la peine que l'application maladroite qui en a été faite à quelques espèces. On reconnaît que celui qui a été condamné pour faux, pour vol, doit être considéré comme incapable de gérer une tutelle, ou de faire partie d'un conseil de famille. L'incapacité légale, limitée aux cas où elle ne repose point sur une fiction, n'est donc que la reconnaissance d'un fait reconnu, incontesté. Mais la loi proclame une indignité et non une exemption; elle doit s'arrêter dès qu'il y a possibilité que la charge soit exercée sans détriment pour la famille.

89. Cette idée a pénétré l'esprit du législateur, et les incapacités ou déchéances de droits, appliquées isolément à l'exercice de certaines fonctions, sont devenues un accessoire commun des peines qui sont infligées à quelques délits, et même des peines d'un certain degré. C'est ainsi que la loi du 4 juin 1853 déclare incapables d'être jurés, non-seulement les individus qui ont été condamnés à des peines afflictives ou infamantes, mais ceux qui ont été condamnés à des peines correctionnelles pour fait qualifié crime par la loi, ceux qui ont été condamnés à un emprisonnement de trois mois au moins, ceux qui ont été condamnés, quelle que soit la durée de l'emprisonnement, pour vol, escroquerie, abus de confiance, soustractions commises par des dépositaires publics, attentats aux mœurs, outrage à la morale publique et religieuse, attaque contre le principe de la propriété et les droits de la famille, vagabondage ou mendicité, délit d'usure. C'est ainsi que l'art. 8 de la loi du 31 mai 1850 et l'art. 15 du décret du 2 février 1852 défendent l'inscription sur les listes électorales des individus compris dans les mêmes catégories et

1. Traité de droit pénal, t. 3, p. 207.

condamnés pour les mêmes faits. C'est ainsi que l'art. 56 de la loi du 15 mars 1850 déclare incapables de tenir une école publique ou libre, ou d'y être employés, les individus qui ont subi une condamnation pour crime ou pour un délit contraire à la probité ou aux mœurs, et les individus privés par jugement de tout ou partie des droits mentionnés en l'art. 42. On trouve encore des dispositions analogues dans l'art. 2 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée, et dans l'art. 9 de la loi du 13 juin 1851 sur la garde nationale. Il y a lieu de remarquer que ces incapacités, qui constituent, prises dans leur ensemble, la dégradation civique, et que les tribunaux correctionnels peuvent prononcer isolément les unes des autres, en vertu de l'article 42 du Code pénal, sont encourues de plein droit, en vertu des lois qui viennent d'être rappelées, et lors même qu'elles n'ont pas été judiciairement prononcées. Elles ne sont point, dans ces divers cas, considérées comme des peines, mais seulement comme des conséquences légalement attachées au fait de telle condamnation.

90. L'une des incapacités les plus bizarres que la loi ait créées est celle de déposer en justice. Notre ancien droit déclarait également reprochables les personnes notées d'infamie, et en général les repris de justice [1]: c'est dans la loi romaine que cette disposition avait été puisée [2]. On a dit pour la soutenir: un homme flétri pour un faux, pour un parjure, peut-il être admis à l'honneur de témoigner? peut-il mériter aucune créance? La réprobation qui repousse un pareil témoin n'est-elle pas universelle? Nous répondrons que plus ce témoignage est suspect, moins il est dangereux; qu'il suffit que les juges connaissent la moralité de ce témoin et la circonstance qui le rend moins digne de foi; qu'il n'est pas à craindre que, poursuivi d'un pareil reproche, il obtienne

1. Muyart de Vouglans, p. 787.
2. Lege Juliâ de vi cavetur ne hâc lege reum testimonium dicere liceret qui publico judicio damnatus erit. L. 3, § 5, ff. de Test. — Quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitæ suæ, admittendi non sunt ad testimonii fidem. L. 3, ff. de Test.

trop de confiance; qu'il ne faudra rien moins que la déposition la plus claire, la plus soutenue, la plus liée, pour entraîner une conviction combattue par cette sorte de contre-témoignage que le caractère du témoin apporte lui-même.

Cependant M. Carnot a été plus loin que la loi: il a pensé que les condamnés, déclarés incapables de déposer en justice, ne devraient pas y être appelés, même pour y donner des renseignements. « Que peuvent être, dit cet auteur, les renseignements qu'ils donnent, si ce n'est un véritable témoignage qu'ils portent? Ce sont même des témoins plus dangereux que tous les autres, puisqu'ils doivent déposer sans prestation de serment préalable. On dit, à la vérité, qu'ils peuvent devenir des témoins nécessaires; mais peut-on mettre en considération un cas aussi rare avec l'admission de pareils gens dans le sanctuaire de la justice? » Comment le sanctuaire de la justice serait-il profané par ce témoignage, s'il est un moyen d'arriver à la connaissance de la vérité? Supposez qu'un homme flétri par la justice ait seul été témoin d'un crime; faudra-t-il, pour ne pas admettre sa déposition, protéger ce crime de l'impunité? « Il y a un mode de punition, dit Bentham, où, pour faire une égratignure au coupable, on passe une épée au travers du corps d'un innocent : je veux parler de cette peine infamante qui rend inadmissible à témoigner [1]. » La seule raison de rejeter un témoignage est dans la crainte qu'inspire sa véracité. Mais, s'il n'a pas d'intérêt à mentir, pourquoi célerait-il la vérité? S'il ment, son mensonge même sera peut-être un moyen d'arriver au vrai.

Au reste, la Cour de cassation paraît avoir été dominée par ces réflexions, quand elle a décidé que l'audition, avec prestation de serment et en qualité de témoin, d'un individu flétri par une condamnation infamante, ne pouvait entraîner la nullité des débats. Ce n'est, d'après la jurisprudence de cette Cour, que lorsque le ministère public ou l'accusé s'oppose à l'audition avec serment, que sa prestation est prohibée; ainsi

1. Théorie des peines, p. 140.

l'incapacité de la loi ne fait plus qu'armer les parties de la faculté de repousser le témoignage ; elle ne le rejette point d'une manière absolue [1].

91. Parmi les droits énumérés dans l'art. 34, se trouve celui de port d'armes. Le droit de port d'armes est naturel à l'homme ; les Français en jouirent pendant des siècles. Une loi du 17 juillet 1716, dans le but de réprimer la contrebande à main armée, défendit de porter des armes ; mais les gentilshommes, *les gens vivant noblement* (ce qui comprenait les *propriétaires*, les *professions libérales*, les *bourgeois des villes* et les *officiers de justice royale*) furent formellement exceptés de la défense, et le port d'armes leur demeura permis [2]. Les décrets du 4 août 1789, en abolissant les priviléges, eurent nécessairement pour effet de rendre à tous les Français les droits que l'ancienne législation réservait à une classe privilégiée. Aussi un décret du 20 août 1789 n'interdit le port d'armes qu'aux gens sans aveu et aux vagabonds, et l'art. 15 de la loi du 30 avril 1790 constate le droit qui appartient à tout propriétaire d'avoir des armes à feu. L'art. 34 du Code pénal confirme évidemment ce principe, puisqu'il en résulte que la privation du droit de port d'armes est une peine qui ne peut être appliquée que par les tribunaux, et pour un délit défini par la loi. Ainsi, d'après la législation, le port d'armes est un droit civil qui appartient à tous les citoyens, et l'action de la police ne peut s'exercer que sur les armes *prohibées*, dont la nature justifie des précautions particulières.

Le droit de port d'armes étant un droit commun des citoyens, la privation de ce droit peut à juste titre faire l'élément d'une peine ; et il est certains cas où cette incapacité peut être appliquée avec fruit, par exemple aux délits de voies de fait et de violences exercées sur les personnes. Mais il est visible que cette peine n'offre aucune analogie avec le plus grand nombre des délits que la loi a punis de la dégradation civique.

La loi du 3 mai 1844 sur la chasse a fait une remarquable

1. Cass., 18 nov. 1819 et 22 janv. 1825 (S.25.1.313).

2. On trouve des dispositions identiques dans les ordonnances des 28 déc. 1355, 12 mars 1478, 25 nov. 1487, 25 nov. 1557, août 1561, 4 déc. 1679.

application de cette déchéance. L'art. 6 porte : « Le préfet pourra refuser le permis de chasse : 2° à tout individu qui, par une condamnation judiciaire, a été privé de l'un ou de plusieurs des droits énoncés dans l'art. 42 du Code pénal, autres que le droit de port d'armes ; 3° à tout condamné à un emprisonnement de plus de six mois pour rébellion ou violences envers les agents de l'autorité publique ; 4° à tout condamné pour délit d'association illicite, de fabrication, débit, distribution de poudre, armes ou autres munitions de guerre ; de menaces écrites ou de menaces verbales avec ordre ou sous condition ; d'entraves à la circulation des grains ; de dévastations d'arbres ou de récoltes sur pied, de plants venus naturellement ou faits de mains d'hommes ; 5° à ceux qui ont été condamnés pour vagabondage, mendicité, vol, escroquerie ou abus de confiance. La faculté de refuser les permis de chasse aux condamnés dont il est question aux § 3, 4 et 5, cessera cinq ans après l'expiration de la peine. » L'article 8 ajoute encore : « Le permis de chasse ne sera pas accordé : 1° à ceux qui, par suite de condamnations, sont privés du droit de port d'armes ; 2° à ceux qui n'auront pas exécuté les condamnations prononcées contre eux pour l'un des délits prévus par la présente loi ; 3° à tout condamné placé sous la surveillance de la haute police. »

92. L'article 34 mentionne encore trois incapacités. La première est celle de faire partie de la garde nationale. Cette exclusion résultait déjà en partie de l'article 13 de la loi du 22 mars 1831, ainsi conçu : « Sont exclus de la garde nationale : 1° les condamnés à des peines afflictives ou infamantes ; 2° les condamnés en police correctionnelle pour vol, escroquerie, pour banqueroute simple, abus de confiance, pour soustraction commise par des dépositaires publics, et pour attentat aux mœurs. » L'article 9 de la loi du 26 juin 1851 porte également : « Sont exclus de la garde nationale : 1° tous les individus énumérés en l'article 8 de la loi du 31 mai 1850 (sur les élections) ; 2° les individus privés par jugement de l'exercice de leurs droits civils ou politiques ; 3° les individus condamnés à trois mois de prison au moins, par application de la loi du 27 mars 1851 (sur la fraude dans la vente des

denrées). » Il faut ajouter maintenant à cette liste d'exclusions, depuis la révision du Code pénal, tous les individus qui sont condamnés à la dégradation civique, quelle que soit la nature du fait qui a motivé cette peine.

L'incapacité de servir dans les armées françaises remonte au Code de 1810. M. Treilhard la proposa « pour honorer le service militaire ». On la trouve reproduite dans l'article 2 de la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée : « Sont exclus du service militaire : 1° les individus qui ont été condamnés à une peine afflictive ou infamante ; 2° ceux condamnés à une peine correctionnelle de deux ans d'emprisonnement et au-dessus, et qui, en outre, ont été placés par le jugement de condamnation sous la surveillance de la haute police, et interdits des droits civiques, civils et de famille. » Il semble suivre de cette dernière disposition que la double condition de deux années d'emprisonnement et de l'interdiction des droits civils est exigée pour que l'exclusion soit prononcée ; le Code pénal accorde, au contraire, cet effet à la seule privation de ces droits.

Enfin la privation du droit de tenir école ou d'enseigner est d'institution nouvelle : elle a été établie, de même que l'incapacité de faire partie de la garde nationale, par la loi de révision du 28 avril 1832 ; et elle a été confirmée par l'article 5 de la loi du 28 juin 1833, sur l'instruction primaire, qui porte : « Sont incapables de tenir école : 1° les condamnés à des peines afflictives ou infamantes ; 2° les condamnés pour vol, escroquerie, banqueroute, abus de confiance ou attentat aux mœurs, et les individus qui auront été privés, par jugement, de tout ou partie des droits de famille mentionnés aux §§ 5 et 6 de l'art. 42 du Code pénal. » Cette disposition a été reproduite par l'article 56 de la loi du 15 mars 1850 [1].

1. ** L'art. 8 de la loi du 12 juillet 1875, *relative à la liberté de l'enseignement supérieur*, porte : « Sont incapables d'ouvrir un cours et de remplir les fonctions d'administrateur ou de professeur dans un établissement libre d'enseignement supérieur : 1° les individus qui ne jouissent pas de leurs droits civils ; — 2° ceux qui ont subi une condamnation pour crime ou pour un délit contraire à la probité ou aux mœurs ; — 3° ceux qui, par

Ces trois dernières incapacités donnent lieu à cette même observation que chacune d'elles, prise isolément, pouvait être appliquée avec succès à certains délits, à des infractions distinctes, mais qu'il est au moins étrange de déclarer un fonctionnaire qui s'est rendu coupable soit de démission donnée de concert avec ses collègues, soit de résistance aux ordres du gouvernement, soit d'empiètement sur un pouvoir parallèle, incapable de tenir école, de devenir soldat ou de monter la garde.

En résumé, si l'on considère la dégradation civique comme peine principale, si on la juge sur la diversité des faits auxquels le Code l'inflige, il est difficile de justifier l'application simultanée de ses multiples incapacités à des délits d'un ordre secondaire, et dont quelques-uns révèlent plus d'imprudence que d'immoralité. Brisée dans son ensemble, divisée dans ses effets, elle répondrait peut-être à la nature de répression que plusieurs exigent; mais appliquée dans sa complexe unité, imposée avec toutes ses incapacités à chacun de ces faits, quelles que soient sa nature et son immoralité, quels que soient son caractère et la tendance qu'il révèle, cette peine nous paraît défectueuse. Il eût fallu l'assimiler à l'interdiction des droits civiques, autorisée par l'article 42, afin que le juge pût la décomposer dans ses éléments et distribuer chacun d'eux entre les délits, de manière à conserver le rapport intime qui doit exister entre la nature du fait puni et la nature de la peine. C'est ainsi que M. Livingston a su, dans son Code, se servir de cette peine et en éviter les inconvénients. Il se contente d'énumérer les droits politiques et civils dont il autorise la suspension ou l'interdiction ; et c'est ensuite en incriminant les actions qu'il attache à la perpétration de chacune d'elles l'incapacité qui lui correspond. Les droits d'être expert, de porter témoignage, de tenir école, ne sont point compris dans cette classification [1].

suite de jugement, se trouveront privés de tout ou partie des droits civils, civiques et de famille indiqués dans les nos 1, 2, 3, 5, 6, 7 et 8 de l'art. 42 du Code pénal; — 4° ceux contre lesquels l'incapacité aura été prononcée en vertu de l'art. 16 de la présente loi.

1. Code of crimes and punishments, art. 93, 94.

93. L'article 35 du nouveau Code pénal dispose que la dégradation civique, lorsqu'elle est prononcée comme peine principale, peut être « accompagnée d'un emprisonnement dont la durée, fixée par l'arrêt de condamnation, n'excédera pas cinq ans ». Cette peine à cela d'étrange, qu'elle est à la fois facultative et qu'elle n'a pas de *minimum* ; de sorte que le juge a le double choix de l'appliquer ou de la répudier, et de l'abaisser, s'il le veut, jusqu'au taux des peines de police. Ainsi tout est vague dans la peine de la dégradation ; ses limites sont indécises, sa portée inconnue, et même, en la fortifiant d'une peine accessoire corporelle le législateur a abandonné au juge la faculté de la fixer lui-même.

Le rapporteur de la Chambre des députés a expliqué le but de cette disposition : « Cet emprisonnement facultatif, a-t-il dit, a pour objet d'atteindre les coupables trop peu punis par les incapacités. La dégradation et l'exclusion de tous emplois publics sont une peine très grave dans certaines positions ; mais ce n'est qu'une peine nominale dans des situations moins élevées. L'emprisonnement accessoire frappera ceux que la peine principale de la dégradation civique n'aurait pas frappés. » Ce motif, qui nous paraît fort juste, ne doit pas être perdu de vue dans l'application.

L'article ajoute : « Si le coupable est un étranger, ou un Français ayant perdu la qualité de citoyen, la peine de l'emprisonnement devra toujours être prononcée. » La raison de cette exception est qu'à l'égard des étrangers et des Français qui ont perdu cette qualité, la peine de la dégradation civique n'aurait aucune application. La peine accessoire de l'emprisonnement devient donc la peine principale, et il faut dès lors qu'elle soit impérative et obligatoire. Mais il résulte de là qu'un citoyen pourra subir la peine de l'emprisonnement, et, dans tous les cas, celle de la dégradation civique, c'est-à-dire une peine infamante, tandis que, dans le même cas, un étranger ne subira que la seule peine de l'emprisonnement. Pour remédier à cette inégalité, un député avait demandé de remplacer, à l'égard de l'étranger, la peine de la dégradation par celle du bannissement. Mais il fut

répondu que bannir un étranger, c'était uniquement le renvoyer dans sa patrie, et l'amendement fut rejeté.

94. Nous arrivons à la peine accessoire, mais infamante, de l'exposition publique, aujourd'hui heureusement abrogée par le décret du 12 avril 1848.

L'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832 s'exprimait en ces termes : « La peine du carcan peut souvent avoir de fâcheux effets, soit à l'égard du condamné qui la subit, soit à l'égard du public à qui l'on donne le condamné en spectacle. Elle est, il est vrai, fort exemplaire, et fort redoutée des condamnés ; souvent il n'existe aucun moyen plus efficace de donner au châtiment la même publicité qu'au crime, et de rendre préventive et sensible pour tous l'action répressive de la justice. Mais à ces avantages cette peine joint de graves inconvénients ; elle dégrade le condamné à ses propres yeux ; il peut, avant l'exposition, avoir conservé quelques sentiments de pudeur ; il les perd lorsqu'il a été contraint d'affronter les huées de la populace ; et le sentiment de son infamie lui ôte la possibilité comme le désir de regagner l'estime de ses concitoyens. Quant au public, cette peine qui l'effraie peut aussi le dépraver ; elle éteint en lui les sentiments de bienveillance et de pitié ; elle le familiarise avec la vue de l'infamie. »

Qui n'eût, après ces énergiques paroles, pensé que le projet renfermerait la suppression d'une peine aussi terrible ? Il se bornait cependant à en modifier la forme matérielle, et à en restreindre l'application dans des limites plus étroites. Après avoir dévoilé la plaie, il reculait devant le remède. Il faut connaître la face nouvelle que cette demi-mesure législative avait imprimé à la question.

L'exposition publique, exécutée sous des formes diverses, remonte à des temps éloignés. On trouve dans nos plus vieilles coutumes la mention des *droits de carcan et de pilori* comme faisant partie des droits appartenant aux seigneurs hauts justiciers. Le Code pénal de 1791 supprima le pilori, et conserva le carcan. Il créa en même temps l'exposition publique, qui n'est que la même peine affranchie du poteau où le condamné est attaché et de l'isolement où le carcan l'expose.

Cette peine devint l'accessoire des fers, de la réclusion, de la gêne et de la détention. En 1810, l'exposition fut supprimée et le carcan maintenu : « Le carcan, disait l'exposé des motifs, isole le condamné ; il le laisse seul avec son crime, exposé à toutes les atteintes de la honte, principal ressort de cette peine... On en a rendu, ajoutait l'orateur du gouvernement, l'application plus fréquente, parce qu'on a reconnu son efficacité. »

En effet, cette peine remplissait une place immense dans le système pénal de cette époque : le Code en avait usé avec prodigalité. Elle frappait avec une brutalité aveugle, et sans distinction d'âge ni de sexe, de faute première ni de récidive ; elle était la même pour celui qui avait été coupable de violence ou d'entraînement passionné, et pour celui qui avait vieilli dans l'habitude du crime. Le Code l'attachait par un lien indissoluble, non-seulement à la peine perpétuelle des travaux forcés, mais aux travaux forcés à temps et à la réclusion. Or, en réfléchissant que les peines d'une gravité si différente s'appliquent à des délits que leur péril et leur moralité séparent d'un immense intervalle, on devait s'étonner de les voir inflexiblement suivies d'une peine invariable, dont le supplice grandit seulement à mesure que la culpabilité descend et s'affaiblit.

Un tel système appelait les regards du législateur. Le premier travail de la révision a été de supprimer complètement la peine du carcan comme peine principale : nous venons de voir que la dégradation civique l'a remplacée. Conservée seulement dans le cas d'accession à une autre peine, elle a été réduite à l'exposition publique, reprise à cet effet du Code de 1791. Après cette modification matérielle, il s'agissait de combiner un nouveau système d'application.

On voulut d'abord, au lieu d'attacher cette peine à certaines peines, ne l'adjoindre qu'à certains crimes et ne la rendre accessoire nécessaire que de ceux qui supposent le plus d'infamie. Cette classification ne fut point adoptée : on opposa que les inconvénients et les avantages de l'exposition tiennent à des circonstances locales et personnelles, et qu'elle peut, appliquée au même crime, ici produire une impression pro-

fonde et solennelle, et là n'être qu'un spectacle inutile et dès lors barbare. On proposa ensuite de la réserver pour les peines les plus graves, et d'en affranchir celle de la réclusion. Mais quelques esprits s'effrayèrent de cette restriction; ils pensèrent que la réclusion isolée serait insuffisante à l'égard des vols domestiques et des vols commis soit dans les auberges, soit dans les ateliers, soit dans les fabriques. On s'arrêta alors, dans le projet, à déclarer la peine de l'exposition purement facultative ; il fallait que cette peine fût formellement ordonnée par la Cour d'assises : la dispense résultait du silence de l'arrêt ; le droit commun était la suppression.

La Chambre des députés conserva ce système de peine facultative ; mais elle pensa que la rédaction du projet mettrait trop d'obstacles à l'application de la peine ; elle créa la nécessité d'une dispense de la part de la Cour d'assises. L'exposition redevint le droit commun, la dispense une exception qui devait être prononcée. C'était un premier pas qui s'éloignait de l'esprit d'humanité qu'on remarquait dans le projet.

La Chambre des pairs alla plus loin; elle trouva à cette faculté illimitée des inconvénients graves. Elle craignit que les magistrats n'eussent pas toujours la force morale nécessaire pour infliger une peine dont l'effet est quelquefois si terrible, et ne reculassent devant les conséquences de leur arrêt. Elle pensa que si le législateur peut, dans un grand nombre de cas, fixer avec justice l'application de cette peine, il n'en doit pas laisser peser la responsabilité sur les magistrats. Et ce fut d'après ces principes qu'elle proposa de rendre l'exposition nécessaire à l'égard des condamnés aux travaux forcés à perpétuité et des condamnés en état de récidive, et facultative seulement à l'égard des condamnés aux travaux forcés à temps et à la réclusion. Ainsi l'exposition était encore le droit commun ; elle était encore l'accessoire obligé d'une peine, celle des travaux forcés à perpétuité ; d'une classe de criminels, les condamnés en récidive ; enfin, et d'après l'article 165 du Code pénal, d'une classe de crimes, les crimes de faux. A l'égard même des condamnés aux peines des travaux forcés à temps et de la réclusion, la dispense

n'était pas de plein droit, il fallait qu'elle fût écrite dans l'arrêt : le silence de cet arrêt soumettait le condamné à son exécution. C'est dans ce système nouveau qu'elle dut être examinée en 1848.

94. Les inconvénients de cette peine, ses mauvais effets sur le condamné qu'elle flétrit pour toujours, sur le public qu'elle endurcit et qu'elle déprave par un spectacle d'infamie, ont été retracés avec énergie dans l'exposé des motifs par le garde des sceaux, dont nous avons reproduit les paroles. On peut encore reprocher à l'exposition publique son immorale inégalité, qui, agissant en sens inverse de la corruption du condamné, effleure à peine un scélérat incapable de honte, et écrase un malheureux susceptible de repentir. On peut lui reprocher d'être la moins personnelle de toutes les peines, puisqu'elle atteint et accable par sa publicité même une famille tout entière.

Elle dessèche dans l'âme du condamné le germe de l'amendement moral. Quel espoir reste-t-il à celui qui a été signalé, sur une place publique, au mépris et à l'horreur de ses semblables ? Il est l'objet d'un anathème irrévocable : si la peine ne produisait pas cet effet, son but serait manqué. Ses concitoyens peuvent le plaindre encore, mais la société lui est fermée ; il n'a rien à espérer des hommes, et rien à en craindre. Si la défiance et le mépris général lui ôtent jusqu'à la ressource du travail, il n'a plus de ressource que dans le crime ; c'est la loi qui l'y précipite.

Enfin, l'exposition est une peine *indivisible* : elle n'a point de degrés pour les crimes distincts qu'elle flétrit ; elle est matériellement la même pour tous. Elle est *irréfragable* : si l'innocence du condamné vient à éclater, comment effacer l'infamie que la place publique a imprimée sur son front ?

Quels sont donc les motifs qui ont déterminé sa conservation ? M. Dumon les a déduits dans son rapport : « Cette peine a une grande efficacité répressive ; elle est exemplaire comme la peine de mort, et n'a pas, comme cette peine, le triste dénouement qui détruit, par la pitié, tous les effets de l'exemple. Elle donne à la sanction pénale la plus imposante publicité, et elle est surtout très-redoutée. »

On ne peut nier, en effet, l'exemplarité de l'exposition. Mais cette qualité ne peut à elle seule faire disparaître les nombreuses défectuosités que nous venons de signaler. « Elle est exemplaire, épouvantable, s'écrie M. Rossi ; elle ne l'est que trop ; mais cette qualité peut-elle racheter l'immoralité de ce moyen de punition, son illégitimité intrinsèque [1] ? » L'exposé des motifs l'a déclaré : « Cette peine, qui effraie le public, peut aussi le dépraver ; elle éteint en lui les sentiments de bienveillance et de pitié, et le familiarise avec la vue de l'infamie. » Doit-on acheter si cher une si désastreuse exemplarité ?

Elle intimide les coupables ; mais elle les dégrade, et ferme leur retour à la vertu. Et puis, la terreur est sans doute l'un des effets que l'on doit obtenir en punissant ; mais maintenir une peine qui n'a que ce seul effet, c'est embrasser le seul principe de l'*utile*, abstraction faite de *toute justice morale*.

On peut concevoir cependant que le législateur ait hésité à désarmer le pouvoir social d'un instrument de répression efficace et puissant. Mais il eût été du moins plus fidèle aux principes qu'il rappelait, aux faits qu'il énonçait, s'il en eût restreint l'application aux seuls condamnés à perpétuité. Ceux-là sont considérés par la loi comme perdus pour la société qui les rejette à jamais : elle peut donc les couvrir d'infamie sans un péril trop imminent, puisqu'elle ne doit plus les recevoir dans son sein. Mais n'est-ce pas une déplorable contradiction que d'attacher une indélébile flétrissure à des hommes qui, après dix ans, six ans, cinq ans, vont reprendre rang et place dans la société ; d'unir une peine perpétuelle avec une peine temporaire ; d'infliger à un criminel quelques années de prison pour qu'il redevienne honnête homme, et de le déclarer en même temps et à toujours infâme, de sorte que son repentir même ne puisse effacer son crime ?

Nous avons vu les changements que la rédaction du projet de loi a successivement éprouvés. Le principe, quoique resserré dans des termes plus étroits, était resté le même : c'est la

1. Voy. Traité de droit pénal, t. 3.

faculté laissée au juge d'infliger la peine ou de la retirer. Peut-être cette investiture du juge fut-elle fondée sur une fausse appréciation des limites des pouvoirs, Les peines facultatives, outre qu'elles laissent trop d'arbitraire dans la répression, s'éloignent du principe fondamental de la législation criminelle qui sépare le fait et le droit. La Cour d'assises doit sans doute être armée du pouvoir d'appliquer dans une juste mesure les peines de la loi aux faits déclarés constants par le jury : mais, si elle est investie du droit de prononcer ou de ne pas prononcer telle peine à la même déclaration du jury, il faut admettre qu'elle devra apprécier, rejuger les faits, par conséquent entrer dans le domaine du fait, empiéter sur les attributions du jury. Ensuite on a exprimé la crainte que le juge ne fût exposé à des soupçons de partialité et à des reproches d'injustice ; que ses intentions ne fussent dénaturées, ses préférences calomniées ; qu'on ne pût imputer à des considérations de fortune ou de famille la dispense de l'exposition publique accordée au repentir ou au malheur. Mais il existe un péril plus grave, c'est une inégale distribution de la justice. Les coupables du même crime ne supportaient pas les mêmes peines. Et la loi n'imposait aucune règle au juge ; elle le livrait à lui-même, à sa conscience, à ses opinions. Que, dans le ressort de telle Cour, l'exposition fût regardée par lui comme une peine affligeante et inutile, tous les accusés qu'il pourrait en affranchir ne la subiraient pas. Ensuite, ce système facultatif admis, nous eussions préféré que la Cour d'assises fût tenue d'ordonner la peine plutôt que d'en dispenser ; que son silence contînt une exemption plutôt qu'une exécution ; que le droit commun fût l'affranchissement ; l'exception, la prononciation de la peine. Le juge qui prononce une dispense accorde une faveur, et il ne doit point être le dispensateur de priviléges ; son silence, au contraire, n'aurait point fait naître la même interprétation. Enfin, il est plus naturel de s'abstenir de prononcer une peine que de motiver une dispense de cette peine. La dernière rédaction de l'art. 22 du Code pénal avait multiplié les expositions.

Toutes ces critiques ont été résolues par le décret du 12 avril 1848 que nous avons déjà mentionné, et qui est ainsi

concu : « Le Gouvernement provisoire, vu l'art. 22 du Code pénal ; considérant que la peine de l'exposition publique dégrade la dignité humaine, flétrit à jamais le condamné et lui ôte, par le sentiment de son infamie, la possibilité de la réhabilitation ; que cette peine est empreinte d'une odieuse inégalité, en ce qu'elle touche à peine le criminel endurci, tandis qu'elle frappe d'une atteinte irréparable le condamné repentant ; que le spectacle des expositions publiques éteint le sentiment de la pitié et familiarise avec la vue des crimes, décrète : — La peine de l'exposition publique est abolie. »

CHAPITRE VII.

DES PEINES ACCESSOIRES.

Commentaire des art. 13, 42, 44, 45, *du Code pénal.*

96. Ce qu'on doit entendre par peines accessoires.
97. De la mort civile (art. 13).
98. Discussions qui ont préparé son abolition.
99. Lois des 6 juin 1850 et 31 mai 1854 portant abrogation de la mort civile. Incapacités qui la remplacent. De l'interdiction légale.
100. Interdiction faite au condamné de disposer de ses biens et de recevoir.
101. Application de cette incapacité à la détention perpétuelle.
102. Effets de la remise des incapacités par le gouvernement.
103. Loi du 15 mars 1850. Incapacités restituées par voie administrative.
104. De l'interdiction des droits civiques, civils et de famille (art. 42).
105. Droits de la famille sur les biens du condamné pendant l'exécution de la peine.
106. De la surveillance de la haute police (art. 44).
107. Système du Code pénal de 1810 sur la surveillance.
108. Système de la loi du 28 avril 1832 sur la même matière.
109. Obligations imposées aux condamnés par cette loi.
110. Système du décret du 8 décembre 1851. Abrogation de ce décret par un décret du 14 octobre 1870.
111. Observations critiques sur les trois législations successives. Caractère de la surveillance. Mesures qu'elle peut entraîner.
112-118. Peines en cas d'infraction au ban de la surveillance (art. 45).
119. L'infraction de ban ne constitue pas une récidive légale. Restrictions qui doivent être apportées à cette solution.
120-123. Quel est le tribunal qui doit statuer sur l'individu prévenu de rupture de ban?

---

96. Les peines que nous nommons *accessoires* sont des incapacités résultant de certains châtiments, plutôt que des peines proprement dites. Elles consistent dans la privation de différents droits dont jouissent les membres de la cité ; cette

privation a plus ou moins d'étendue dans l'application *de la dégradation civique et des interdictions de droits.*

La *privation des droits civils* est une source féconde de pénalités qui, maniées avec habileté et appropriées au caractère de chaque délit, peuvent souvent être efficaces.

Le Code pénal a donné à cette peine plusieurs degrés. L'interdiction légale n'impose au condamné qu'une seule incapacité : il ne peut administrer ses biens. L'interdiction des droits civils peut s'étendre à plusieurs de ces droits, suivant la nature et la gravité du délits. La dégradation civique entraîne un ensemble d'incapacités qu'elle fait peser simultanément sur la même tête. La mort civile était la privation la plus absolue des droits civils.

97. La *mort civile* est un déplorable legs que notre législation avait recueilli dans le vaste héritage du droit de Justinien. Les jurisconsultes romains, dont les décisions sont devenues les lois de l'univers, se sont parfois égarés dans des fictions où respire la subtilité de l'école plus que la sagesse du législateur. On connaît les rigoureuses déductions qu'ils avaient tirées de cette maxime : *Mors civilis œquiparatur naturali* [1]. L'ancien droit français continua religieusement cette douloureuse fiction; toutefois la mort civile ne fut plus que l'accessoire de certaines peines : la condamnation à mort par contumace, et les peines perpétuelles des galères, du bannissement, et de la détention en maison de force l'entraînèrent seules à leur suite [2]. Enfin le Code de 1791 l'avait supprimée [3]; mais les lois révolutionnaires la reprirent au milieu des débris de l'ancienne législation pour l'appliquer aux émigrés [4]; et les rédacteurs du Code Napoléon, imbus des vieilles maximes du droit, la replacèrent dans nos lois, malgré l'énergique opposition du Tribunat [5].

1. L. relegati, ff. De pœnis. — V. Farinacius ; Quæst. crim., t. 1, quæst. 34, n. 49.

2. Ord. de 1670, tit. 17, art. 29; ord. de 1747, t. 1, art. 24. — Muyart de Vouglans, p. 75; Jousse, p. 86.

3. Art. 1, 2 et 3 du tit. 4 du Code du 25 sept.-6 oct. 1791.

4. L. 28 mars 1793, tit. 1, sect. 1, art. 1.

5. Locré, t. 2.

Nous ne devons point nous arrêter soit à reproduire les opinions des divers publicistes sur la mort civile [1], soit à rappeler, comme l'ont fait quelques auteurs, les nations étrangères qui l'ont effacée de leurs Codes [2]. Les lecteurs verront plus loin que, jugée par le législateur lui-même, son abolition, depuis longtemps préparée, est aujourd'hui accomplie. Nous n'avons point non plus à nous occuper des questions purement civiles que l'application de cette peine a soulevées ; ces questions, qui prennent leur source dans les dispositions du Code civil, sont étrangères au droit pénal.

98. L'article 23 du Code civil dispose que « la condamnation à la mort naturelle emporte la mort civile » ; et l'article suivant ajoute que « les autres peines afflictives perpétuelles n'emportent la mort civile qu'autant que la loi y aura attaché cet effet ». Le Code pénal avait donc à déterminer quelles peines perpétuelles entraîneraient cette terrible incapacité : son article 8 déclare qu'elle est la conséquence nécessaire des travaux forcés à perpétuité et de la déportation,

Lorsque la réforme de ce Code fut agitée, un vif dissentiment se manifesta sur cette question. Le projet préparatoire qui fut communiqué aux Cours royales avait supprimé la mort civile ; le plus grand nombre des Cours, et notamment la Cour royale de Paris, approuvèrent cette suppression ; quelques-unes la combattirent : la peine fut maintenue dans le projet définitif. Il est impossible de ne pas placer ici les lucides explications que le rapporteur de la Chambre des députés donna à cet égard ; elles révèlent à la fois la pensée du pouvoir et les obstacles qui en firent ajourner la réalisation : « La mort civile est une fiction ; est-il digne de la gravité du législateur de fonder une peine sur une fiction ? Quelle n'est pas d'ailleurs l'inégalité de cette peine qui, pour quelques condamnés, équivaut à la mort même, qui, pour d'autres, n'ajoute à leur état ni privation, ni infamie ? La mort civile

1. MM. Rossi, t. 3, p. 204 ; Livingston, Report on a plan of penal code ; Taillandier, Moniteur de déc. 1831 ; Scipion Bexon, introd., § 26 ; Mittermaier, etc.

2. V. les Codes de la Louisiane, de la Bavière, du Brésil, d'Haïti, etc.

dissout le mariage ; elle rompt de vive force un lien que les parties ne voudraient pas rompre, elle donne à la fidélité les effets du concubinage, elle proscrit la vertu. La mort civile ouvre de plein droit la succession du condamné ; qu'importe qu'il mérite sa grâce ou qu'il l'obtienne ? il rentre dans la société sans fortune comme sans famille. En cas de condamnation par coutumace, les effets accomplis au bout de cinq ans deviennent irrévocables ; un nouveau jugement, une déclaration d'innocence ne sont plus qu'une dérisoire et stérile réparation. La déshérence, qui attribue à l'État les biens acquis par le condamné, fait revivre la confiscation, et dans les cas où la représentation n'est pas admise, l'incapacité dont le condamné est frappé dépouille ses enfants, et transporte à d'autres familles l'héritage qu'il aurait recueilli et que ses enfants auraient retrouvé dans sa succession. — Ces raisons eussent déterminé votre commission à vous proposer l'abolition de la mort civile, si cette abolition n'eût entraîné après elle des conséquences nombreuses sur la plupart desquelles il n'appartient guère à une loi de statuer. Affranchi de la mort civile, le condamné tombera sous l'interdiction que le Code pénal prononce ; mais les incapacités qui résultent de cette interdiction sont-elles suffisantes ? L'autorité paternelle, l'autorité maritale, peuvent-elles s'exercer du fond d'un bagne avec quelque dignité ou quelque fruit ? Le droit de donner ou de recevoir peut-il être laissé à celui qui n'exercerait souvent ce droit que sous les inspirations du crime ou comme un bénéfice d'infamie ? Les biens dont la propriété est rendue au condamné seront des biens d'interdit, c'est-à-dire frappés d'indisponibilité, et soumis à tous les embarras d'une administration légale : sa femme et ses enfants n'auront aucun droit sur ces biens, et périront peut-être de misère au sein de cette fortune dont personne ne pourra jouir. Il y a des contrats que rompt la mort civile ; quels seront, sur ces contrats et sur les droits des tiers, les effets de son abolition ? Il est évident que la loi qui supprimera la mort civile devra statuer, par des règles nouvelles, sur l'état du condamné, sur la possession de ses biens, et sur les droits des tiers. Tout en déclinant ce travail, comme

trop étranger à celui dont vous l'avez chargée, votre commission appelle spécialement sur cette matière l'attention du Gouvernement. »

Ces considérations entraînèrent le vote de la Chambre des députés, qui repoussa successivement la proposition de M. Taillandier qui avait pour objet l'abolition immédiate de la mort civile, et un amendement de M. Chamaraule qui restreignait la dissolution du mariage au seul cas où le conjoint eût consenti à ce qu'il fût dissous. La Chambre des pairs suivit cet exemple et manifesta les mêmes vœux. « Nous n'avons pas cru, disait le rapporteur, devoir nous occuper de la mort civile ; mais votre commission appelle l'attention du Gouvernement sur cette partie de la législation, qui demande, non une abolition complète, mais des modifications importantes. » M. Decazes émit une opinion plus tranchée dans la discussion : après avoir qualifié la mort civile de peine *monstrueuse*, il ajouta qu'il ne s'abstenait d'en voter la suppression que parce qu'il avait reçu l'assurance que le Gouvernement était dans l'intention de proposer une mesure législative à cet égard. M. le garde des sceaux Barthe confirma publiquement cette assurance : « Il y a nécessité, dit-il, de modifier la législation sur la mort civile ; mais la commission a parfaitement senti, comme le Gouvernement, que ce n'était pas à l'occasion d'une loi sur le Code pénal qu'il fallait porter atteinte aux dispositions du Code civil. Dans une session prochaine, une loi sera présentée aux Chambres sur cette grave question. »

La mort civile restait inscrite dans la législation, mais flétrie par le législateur lui-même. Son abolition était sollicitée, elle était devenue nécessaire ; c'était une question indécise encore ; la discussion l'a mûrie et l'a résolue. Au reste, nous pensons, comme le législateur de 1832, qu'une telle suppression ne pouvait s'opérer accidentellement : ses conséquences étaient trop graves, elles atteignaient trop d'intérêts pour qu'on pût les régler par voie d'amendement.

Le Code civil, en énumérant les incapacités que cette fiction entraîne, a trop souvent confondu les droits civils et les droits naturels : il pouvait retrancher la jouissance des premiers aux condamnés qu'une peine perpétuelle a frappés, mais il ne

pouvait toucher aux droits naturels. Il a donc outre-passé son pouvoir; dans une sorte d'entraînement de logique, il a suivi les traces des jurisconsultes romains, en poussant jusqu'à des conséquences extrêmes la fiction qu'il avait adoptée; et il a brisé des liens sacrés, méconnu d'impérissables droits. C'est là surtout ce que la loi devait se hâter de faire disparaître.

On doit reconnaître, en même temps, que les condamnés à perpétuité ne peuvent conserver la jouissance de leurs droits civils, ou continuer la gestion de leurs biens. Comment, en effet, admettre que du fond d'un bagne, ou d'une forteresse qui s'est à jamais refermée sur lui, un condamné puisse disposer de sa fortune, exercer son autorité civile, contracter, faire des actes de commerce, des spéculations industrielles ? Une incapacité légale doit nécessairement enchaîner ses actes ; mais quelles doivent être la nature et les limites de cette incapacité ?

Nous pensons qu'elle doit, autant que possible, être purement civile ; qu'il ne faut pas lui imprimer un caractère pénal, en faire une peine nouvelle, accessoire de la peine principale : son but unique doit être de régler les effets civils de la peine perpétuelle. Les jurisconsultes ont joué sur les mots, quand ils ont refusé d'appeler la mort civile une peine, parce qu'elle n'était que la conséquence d'une autre peine. Elle frappe souvent le condamné plus que cette peine principale elle-même ; elle le frappe dans ses propriétés dont elle le dépouille, dans sa famille dont elle brise les liens, dans ses droits, dans ses devoirs qu'elle détruit.

N'oublions pas aussi que les peines perpétuelles elles-mêmes doivent laisser entrevoir aux condamnés une salutaire espérance, une étoile lointaine. La grâce promet à la régénération du coupable, à ses regrets, à sa bonne conduite, le terme de ses maux ; elle introduit dans la perpétuité même un germe pénitentiaire. Le législateur doit donc avoir devant les yeux cette intervention possible de la grâce ; il ne doit pas imprimer à ses peines, même perpétuelles, des effets irrévocables. Les incapacités sont l'accessoire du châtiment : elles doivent en suivre le sort, vivre ou s'éteindre comme lui.

99. Cette théorie a été définitivement consacrée par la loi.

Déjà la loi du 6 juin 1850 avait, en matière politique seulement, décrété l'abolition de la mort civile. L'art. 3 de cette loi porte : « En aucun cas, la condamnation à la déportation n'emporte la mort civile : elle entraîne la dégradation civique. » Cette mesure a été généralisée par la loi du 31 mai 1854, dont les art. 1 et 2 sont ainsi conçus : « La mort civile est abolie. Les condamnations à des peines afflictives perpétuelles emportent la dégradation civique et l'interdiction légale établies par les art. 28, 29 et 31 du C. pén. »

M. Taillandier, à la Chambre des députés, et, à la Chambre des pairs, M. Decazes avaient émis l'opinion que les incapacités prononcées par les articles 28 et 29 du Code pénal, à l'égard des condamnés à temps, étaient pleinement suffisantes pour les condamnés à perpétuité. Ces incapacités ont un double caractère. Les unes prennent leur source dans la dégradation civique, les autres dans l'interdiction légale. Les premières n'auraient que peu d'effet pendant l'exécution de la peine perpétuelle ; les droits dont elles suspendent l'exercice se trouvent presque nécessairement suspendus pendant cette exécution ; mais elles ajoutent à l'impossibilité physique une impossibilité légale ; elles empêchent le condamné de faire par une voie indirecte ce qu'il ne peut faire directement : sous ce premier rapport, il est utile de les prononcer. Ensuite, dans le cas de grâce, la position du condamné à perpétuité ne doit pas être plus favorable que celle du condamné à temps. Les incapacités qui suivent celui-ci dans la société, après sa libération, doivent le saisir également ; il ne doit pas recouvrer de plein droit des facultés que son crime l'a rendu indigne d'exercer ; ces incapacités remplaceraient à son égard les déchéances dont la mort civile le frappe aujourd'hui.

L'interdiction légale, prescrite par l'article 29 du Code pénal, a pour unique effet d'enlever aux condamnés à temps l'administration de leurs biens pour la transporter aux mains d'un tuteur [1]. Cette simple disposition suffit-elle à la gestion

1. * * C'est là toutefois une question controversée. Nous y reviendrons tout-à-l'heure.

des intérêts des condamnés perpétuels ? En nous reportant au Code civil, qui en règle les effets, ne trouverons-nous aucune difficulté dans son application ? La loi a-t-elle suffisamment protégé les droits de la femme et des enfants, prévu les besoins de la famille, pendant la durée d'une peine qui se mesure sur la vie du condamné ? Les biens resteront-ils dans une complète immobilité ? La famille ne doit-elle pas, dans ce cas, sans jouir d'un droit de propriété, exercer cependant plus de droits qu'un simple tuteur ? Il nous paraît qu'en supprimant les droits civils, il est indispensable de régler, par des dispositions nouvelles, les effets de l'interdiction qui doit en prendre la place ; que les dispositions actuelles de la loi, établies pour les condamnés à temps seulement, sont incomplètes, qu'elles doivent être modifiées en vue de la perpétuité de la peine. Mais, en principe, cette mesure de l'interdiction légale nous paraît parfaitement appropriée aux peines de cette nature : elle ôte au condamné la faculté d'abuser de ses biens; elle lui impose des privations qui ne sont que la conséquence nécessaire du châtiment ; elle peut cesser avec ce châtiment même, si la grâce vient en interrompre le cours ; enfin elle constitue une incapacité réelle, personnelle, et qui n'a rien d'immoral en elle-même. Ainsi la loi, en se hâtant d'effacer une fiction qui n'est propre qu'à égarer ses décisions, doit néanmoins laisser peser sur la tête des condamnés une interdiction à peu près complète des droits politiques et des droits civils. Et cette interdiction peut contenir deux classes distinctes d'incapacités : les unes qui, suivant le sort de la peine, tomberaient nécessairement avec elle par l'effet de la grâce : telle est la tutelle du condamné ; les autres qui continuent de s'attacher à ce condamné jusqu'à sa réhabilitation, telles que les déchéances qui constituent la dégradation civique.

100. L'article 3 de la loi du 31 mai 1854 a ajouté aux incapacités de la dégradation civique et de l'interdiction légale la disposition suivante : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments. Tout testament par lui fait antérieurement à sa condamnation contradictoire de-

venue définitive est nul. Le présent article n'est applicable au condamné par contumace que cinq ans après l'exécution par effigie. » Cette disposition a été expliquée en ces termes dans l'exposé des motifs : « Les effets civils des condamnations perpétuelles sont déterminés par les articles 2 et 3 ; ils consistent dans la dégradation civique, l'état d'interdiction légale, l'incapacité de donner ou de recevoir soit par donation entre vifs, soit par testament. La dégradation civique, incapacité perpétuelle qui survit à la grâce, dépouille le condamné de tous droits civils et politiques, lui enlève les prérogatives de la famille et le marque d'une tache d'infamie qui ne peut être effacée que par la réhabilitation. L'état d'interdiction légale constitué par les articles 29 et 31 du Code pénal frappe les biens et la personne du condamné pendant la durée de sa peine. En dehors de celles des conséquences de la mort civile que nous avons repoussées comme incompatibles avec notre ordre social et nos mœurs, et de celles qui lui sont communes avec la dégradation civique et l'état d'interdiction légale, nous n'avons trouvé que trois thèses qui pourraient servir de base à un régime intermédiaire : la déchéance de l'autorité maritale ; celle de la puissance paternelle ; l'interdiction de donner et de recevoir. A l'égard du condamné époux et père de famille, au moment de sa condamnation contradictoire ou par contumace, l'interdiction légale ou l'application qui lui est faite des règles sur l'absence paralysent l'exercice de l'autorité conjugale et celui de la puissance paternelle. Si la peine est entièrement subie, cette suspension du droit équivaut à une interdiction absolue. La question ne prend donc de l'intérêt que dans l'hypothèse d'une grâce. Faut-il que le gracié soit privé de l'administration de ses biens et de la double autorité que la loi et la nature lui ont donnée sur sa femme et sur ses enfants ? Mais alors sur quelle personne déverser ces importantes attributions ? Comment organiser cet état nouveau, sans précédent législatif, que la science du droit n'a ni élucidé ni défini ? Ne s'exposerait-on pas à des complications, à des embarras infinis qui auraient pour double conséquence la destruction de l'harmonie de nos Codes, et l'introduction d'un étranger dans le sein de la famille ? Au contraire, l'interdiction

du droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit constituait une incapacité précise, circonscrite, d'une application facile: nous n'avons point hésité à vous proposer de la prononcer, et nous avons reproduit les termes du 3e paragraphe de l'article 25 du Code Nap. Droit naturel ou droit civil, la faculté de disposer à titre gratuit est bien certainement un de ces droits dont la société peut dépouiller sans injustice et sans cruauté celui qui l'a offensée par un crime infâme. Le testament, cet acte solennel d'une volonté suprême, qui substitue ses prescriptions aux lois de l'État, peut-il être imprudemment abandonné aux inspirations du crime ? La faculté de recevoir ne pouvait-elle pas elle-même devenir un bénéfice d'infamie ou favoriser d'audacieuses et mensongères protestations contre l'autorité de la chose jugée ? L'article 3 n'est donc qu'un juste hommage rendu à la plus saine morale. »

101. Nous avons vu que le Code pénal n'attachait la mort civile qu'aux peines des travaux forcés à perpétuité et de la déportation. De là s'est élevée, dans la discussion de 1832, la question, aujourd'hui sans intérêt, de savoir si la peine nouvelle de la détention perpétuelle, qui remplace la déportation dans son exécution, devait également l'entraîner. M. de Vatimesnil avait proposé un amendement ainsi conçu : « L'article 29 du Code pénal sera appliqué au condamné à la détention perpétuelle pendant la durée de la peine. » On disait à l'appui : Cette peine est d'institution nouvelle ; or, puisqu'on proclame hautement les désastreux effets de la mort civile, on doit, sinon la proscrire, parce que ce serait modifier indirectement un Code qui n'est pas en délibération, du moins s'abstenir de la prononcer dans ce cas nouveau. Le Code civil laissant la faculté de l'adjoindre aux peines perpétuelles, ou de l'en détacher, il serait étrange, lorsque la suppression n'en est qu'ajournée, de lui donner des racines, et de l'implanter plus profondément dans la législation, en l'attachant à une peine nouvelle. On a répondu que la détention perpétuelle n'est qu'un mode d'exécution de la déportation ; qu'elle doit donc emporter les mêmes incapacités ; que toutes les peines perpétuelles doivent être accompagnées de la privation de certains droits civils, et que, la loi n'ayant prononcé

d'autres incapacités à l'égard des condamnés à perpétuité que celles qui prennent leur source dans la mort civile, il était nécessaire de maintenir provisoirement cette peine, jusqu'à ce que le législateur se fût occupé de formuler l'interdiction qui pourra la remplacer. Ces considérations ont prévalu, et l'amendement a été rejeté. Nous n'avons pas cru devoir omettre cet incident.

102. Aucune discussion sérieuse ne s'est élevée sur l'application à la détention perpétuelle du 2e paragraphe de l'art. 18 du Code pénal, ainsi conçu : « Néanmoins le Gouvernement pourra accorder au condamné à la déportation l'exercice des droits civils, ou de quelques-uns de ces droits. » Cette disposition pouvait toutefois soulever de graves difficultés qui sont aujourd'hui résolues.

Le Code pénal de 1810 ne l'avait admise qu'en faveur du déporté, et seulement dans le lieu de la déportation. Resserrée dans ces termes, cette exception se justifiait. Le condamné qui a été privé des droits civils dans son pays, peut en acquérir de nouveaux dans la nouvelle patrie que la peine lui a donnée ; il peut se marier, il peut y posséder ; la faculté de lui rendre l'exercice des droits civils pouvait donc avoir des effets utiles. « Le déporté, disait M. Treilhard dans l'exposé des motifs, sera provoqué à mériter, par une conduite sage et laborieuse, de récupérer la vie civile et d'acquérir l'état de colon ; ce sera l'encourager à devenir meilleur, et ce ressort ne sera pas moins utile au bien de la colonie, qui est intéressée à compter des citoyens plutôt que des captifs, et à les fixer dans son sein par l'attrait de la propriété et les liens de la vie civile. » De ces paroles il résulte évidemment que l'intention du législateur n'était point de relever des droits anéantis par la mort civile, mais seulement de permettre au déporté d'exercer des droits nouveaux dans la société où il se trouvait transporté. Les droits acquis étaient respectés ; les liens que la mort civile avait brisés n'étaient pas renoués : l'incapacité ne cessait que pour l'avenir ; elle continuait de peser sur le passé.

Est-ce bien dans ce sens que le législateur de 1832 a compris la même disposition ? Peut-être n'en a-t-il point mesuré

toute la portée. Il n'y a vu qu'une exception favorable aux déportés; et, comme la détention perpétuelle était substituée à la déportation, il n'a pas voulu, plus rigoureux que le Code de 1810, priver cette classe de condamnés du même bienfait. Mais le motif n'existait plus: le déporté rendu à la société, quoique dans un autre hémisphère, avait besoin de jouir des droits civils pour jouer un rôle actif dans cette société. Qu'importe, au contraire, au détenu à jamais séparé de la vie sociale d'acquérir des droits nouveaux qu'il ne pourrait exercer?

Serait-ce donc qu'on aurait voulu restreindre les effets de la mort civile elle-même, et permettre au Gouvernement de la désarmer, dans certains cas, de ses conséquences les plus odieuses? Si tel est le sens du § 2 de l'article 18, des objections très fortes s'élèveraient pour le combattre. Les incapacités légales qui constituent la mort civile sont encourues du jour de l'exécution de la peine; c'est ce jour même que la succession de condamné s'est ouverte, que son mariage s'est dissous, qu'il a cessé de vivre aux yeux de la loi civile. Ces incapacités ouvrent dès lors des droits soit au profit de la société, soit au profit des tiers. Comment admettre que le Gouvernement puisse avoir la puissance de renverser ces droits, de renouer les liens du mariage, de déshériter des ayants droit! Lorsque les incapacités sont encourues, la grâce elle-même ne peut en relever le condamné [1], et la réhabilitation ne les fait cesser que pour l'avenir [2].

A la vérité, le Gouvernement peut exercer la faculté que lui attribue le Code avant la mise à exécution de la peine, avant que les incapacités aient été acquises, qu'elles soient irrévocables. Mais comment concevoir qu'une faculté aussi extraordinaire puisse être sérieusement exercée? Il dépendrait donc du Gouvernement d'ouvrir ou de fermer une succession, de continuer ou de dissoudre un mariage, de confirmer ou de suspendre les droits d'une épouse ou d'un père? Nous ne

1. Avis des comités réunis du Conseil d'État du 21 déc. 1822, approuvé le 8 janv. 1823.

2. Art. 633 du Code d'instruction criminelle.

pouvons admettre une telle puissance: les droits des familles, les droits des tiers échappent au pouvoir d'une décision gracieuse. Si telle était d'ailleurs l'intention de la loi, si la mort civile paraissait trop rigoureuse pour la classe des condamnés auxquels s'applique la détention perpétuelle, n'eût-il pas été plus rationnel d'accueillir l'amendement qui proposait de séparer ces deux peines? n'eût-il pas été plus facile de restreindre à quelques incapacités nettement définies l'interdiction qui devait peser sur les détenus à perpétuité?

Nous sommes donc amenés à penser que le 2e paragraphe de l'article 18 doit conserver encore le sens que lui attribuait le législateur de 1810 ; que la faculté que ce paragraphe confère au Gouvernement ne doit s'appliquer qu'aux droits civils à venir, et non à ceux que la mort civile a brisés ; en un un mot, qu'elle a pour but, non de suspendre ou de limiter les effets de la mort civile au moment ou elle est encourue, mais de rendre au condamné l'exercice de ses droits civils pour l'avenir, lorsque la grâce vient mettre un terme à la peine afflictive, et le restituer à la société.

103. Les observations qui précèdent ont trouvé une application dans les art. 4, 5 et 6 de la loi du 31 mai 1854, ainsi conçus : « Art. 4. Le gouvernement peut relever le condamné à une peine afflictive perpétuelle de tout ou partie des incapacités prononcées par l'art. 3. Il peut lui accorder l'exercice, dans le lieu d'exécution de la peine, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits, dont il a été privé par son état d'interdiction légale. Les actes faits par le condamné dans le lieu d'exécution de la peine ne peuvent engager les biens qu'il possédait au jour de sa condamnation, ou qui lui sont échus à titre gratuit depuis cette époque. Art. 5. Les effets de la mort civile cessent pour l'avenir à l'égard des condamnés actuellement morts civilement, sauf les droits acquis aux tiers. L'état de ces condamnées est régi par les dispositions qui précèdent. Art. 6. La présente loi n'est pas applicable aux condamnations à la déportation, pour crime commis antérieurement à sa promulgation. » Ces dispositions consacrent le principe de la suspension pour l'avenir des incapacités avant la réhabilitation, et le principe de la non-rétroactivité. En

thèse générale, les incapacités ne peuvent être relevées que par la réhabilitation ; mais il a paru nécessaire, en vue de la transportation des condamnés, de laisser au gouvernement la faculté de relever les transportés, rendus au travail libre dans la colonie pénale, de quelques-unes de ces incapacités. L'art. 12 de la loi du 30 mai 1854, sur l'exécution des travaux forcés, porte, en conséquence : « Le Gouvernement pourra accorder aux condamnés aux travaux forcés à temps l'exercice, dans la colonie, des droits civils ou de quelques-uns de ces droits dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale. Il pourra autoriser ces condamnés à jouir ou disposer de tout ou partie de leurs biens. Les actes faits par les condamnés dans la colonie jusqu'à leur libération ne pourront engager les biens qu'ils possédaient au jour de leur condamnation, ou ceux qui leur seront échus par succession, donation ou testament, à l'exception des biens dont la remise aura été autorisée. Le Gouvernement pourra accorder aux libérés l'exercice, dans la colonie, des droits dont ils sont privés par les 3e et 4e paragraphes de l'art. 34 du Code pénal. » Par application du principe de la non-rétroactivité, l'art. 5 confère aux individus actuellement atteints de mort civile les bénéfices de la législation nouvelle, et l'article 6 conserve, au contraire, aux condamnés en vertu de la loi du 8 juin 1850, les dispositions purement transitoires, mais plus favorables de cette loi.

104. Après la mort civile, se présente, parmi les peines privatives de certains droits, la dégradation civique et l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. La première de ces peines constituant dans certains cas une peine principale, et le Code l'ayant mise au nombre des peines infamantes, nous avons dû l'examiner dans notre chap. V, et nous n'y reviendrons pas [1].

L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, est la suspension partielle de certains droits que l'article 42 du Code pénal énumère [2]. Elle diffère de la dégradation civique,

1. V. *Suprà*, n. 87.

2. Art. 42 : « Les tribunaux jugeant correctionnellement pourront, dans certains cas, interdire, en tout ou en partie, l'exercice des droits civiques,

1° en ce que cette dernière peine est infamante et peut être prononcée comme peine principale, tandis que l'interdiction n'est qu'une peine accessoire et correctionnelle ; 2° en ce que les incapacités que la dégradation entraîne, quoiqu'elles soient à peu près calquées sur celles de l'interdiction, sont cependant plus étendues et plus complètes ; 3° en ce que ces incapacités forment dans la première de ces peines un ensemble compacte et indivisible, tandis qu'elles se divisent, au contraire, dans la seconde, et peuvent ainsi s'approprier au caractère particulier de chaque délit.

Cette dernière différence est ce qui distingue surtout l'interdiction de la dégradation. Nous avons remarqué, en parlant de cette peine, combien était défectueuse cette application simultanée d'une foule d'incapacités, dont quelques-unes sont nécessairement étrangères au délit qu'on veut atteindre. La sage disposition de l'article 42 du Code pénal permet un emploi plus judicieux de ces peines, dont il se borne à donner l'énumération : le juge peut y puiser pour chaque espèce, et choisir celle qui lui semble la plus propre à réprimer la faute qu'il veut punir.

Du reste, comme les déchéances prononcées par l'article 42 ont été textuellement transportées dans l'article 34, qui définit les effets de la dégradation civique, nous ne reviendrons point sur ces diverses incapacités que nous avons déjà appréciées. Nous aurons seulement occasion, dans le cours de ce livre, d'examiner si cette interdiction, qui, aux termes de l'article 43, ne peut être prononcée par les tribunaux que lorsqu'elle a été ordonnée par une disposition particulière de la loi, a toujours été appliquée avec discernement.

103. Le Code pénal ajoute à ces incapacités une incapacité

civils et de famille suivants : 1° de vote et d'élection ; 2° d'éligibilité ; 3° d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois d'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois ; 4° de port d'armes ; 5° de vote et de suffrage dans les délibérations de famille ; 6° d'être tuteur, curateur, si ce n'est de ses enfants, et sur l'avis seulement de la famille ; 7° d'être expert ou employé comme témoin dans les actes ; 8° de témoignage en justice, autrement que pour y faire de simples déclarations. »

nouvelle spéciale pour les condamnés à des peines afflictives et infamantes : il leur enlève l'administration de leurs biens ; il les place en état d'interdiction légale [1]. Nous avons déjà parlé de cette interdiction qui a été subtituée à la mort civile. Nous ajoutons ici quelques observations sur cette disposition telle que le Code pénal l'avait faite.

Cette incapacité, que la loi a réservée aux peines les plus graves, se prolonge et s'éteint avec elles. C'est une conséquence presque nécessaire des peines d'une longue durée et des peines perpétuelles. Il ne faut pas qu'un condamné puisse disposer de ses revenus et de ses biens, quand il subit un châtiment sévère ; il ne faut pas qu'il ait les moyens d'acheter à prix d'or une évasion, ou que, par des profusions scandaleuses, il fasse d'un séjour d'humiliation et de deuil un théâtre de joie et de scandale.

On a reproché à l'interdiction légale d'avoir manqué de prévoyance pour la famille du condamné. En s'attachant, en effet, aux termes des articles 30 et 31 du Code pénal [2], on pourrait en induire que la loi a voulu réserver à l'interdit la totalité des revenus, puisqu'elle prescrit au tuteur de lui en rendre compte à la fin de l'interdiction. Les intérêts et les revenus devraient donc s'accumuler, et se réunir au principal ; aucune portion n'en pourrait être distraite, même pour secours à la famille. A l'appui de cette interprétation, on a invoqué l'article 475 du Code d'instruction criminelle, qui dispose, en faveur de la famille des contumax, que « durant le séquestre il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé, s'ils sont dans le besoin. » D'où l'on dé-

1. Art. 29. Quiconque aura été condamné à la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, sera, de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale ; il lui sera nommé un tuteur et un subrogé tuteur pour gérer et administrer ses biens, dans les formes prescrites pour les nominations des tuteurs et subrogés tuteurs aux interdits.

2. Art. 30. Les biens du condamné lui seront remis quand il aura subi sa peine, et le tuteur lui rendra compte de son administration.

Art. 31. Pendant la durée de sa peine, il ne pourra lui être remis aucune somme, aucune provision, aucune portion de ses revenus.

duisait cette conséquence, que la même disposition n'ayant pas été reproduite à l'égard de la famille des condamnés contradictoires, elle n'avait droit à aucun aliment, à aucun secours sur la fortune de ces condamnés. C'est pour obvier à cet inconvénient qu'un député proposa, dans les discussions relatives à la révision du Code pénal, un article additionnel ainsi conçu : « Le tuteur pourra faire remise à la famille du condamné d'une partie de ses revenus, à titre de secours, en vertu d'une délibération du conseil de famille, laquelle sera homologuée par le tribunal de première instance du domicile du condamné. » Cet article, qui n'était que la reproduction d'une disposition du Code pénal de 1791 [1], fut repoussé parce qu'il parut inutile. En effet, d'après l'article 29 du Code pénal, le condamné est entièrement assimilé à l'interdit, en ce qui concerne l'administration de ses biens. Or, le Code civil a tracé les règles d'après lesquelles les biens d'un interdit doivent être administrés. Si la famille du condamné se trouve dans le besoin, elle doit s'adresser au tuteur, et elle en reçoit les secours qui lui sont nécessaires, avec l'autorisation du conseil de famille. Cette faculté, reconnue par la loi civile, semble suffire aux familles dont l'un des membres est frappé d'une condamnation temporaire. L'objection tirée de l'article 475 du Code d'instruction criminelle n'est pas fondée. En effet la loi n'a pas appliqué le même mode d'administration aux biens des condamnés par contumace, ou des condamnés contradictoirement. Ceux-ci sont régis comme biens d'interdit, ceux-là comme biens d'absent (art. 471, C. d'inst. crim.). Les premiers sont administrés par un tuteur sous la surveillance d'un conseil de famille; les autres passent dans les mains de l'administration des domaines, qui leur applique les règles administratives. Il fallait

1. Art. 5 du tit. 4 du Code pénal des 25 sept.-6 oct. 1791 : « Pendant la durée de sa peine, il ne pourra lui être remis (au condamné) aucune portion de ses revenus ; mais il pourra être prélevé sur ses biens les sommes nécessaires pour élever et doter ses enfants, ou pour fournir des aliments à sa femme, à ses enfants, à son père ou à sa mère, s'ils sont dans le besoin. »

donc, dans ce dernier cas, créer une disposition formelle en faveur de la famille : tel a été l'objet de l'article 475. Mais elle était moins nécessaire dans le cas d'interdiction, puisque les biens ne sortaient pas des mains de cette famille ; et le Code pénal a pu sans danger s'en référer aux règles du droit commun. Ce ne serait qu'en étendant ces règles à un cas non prévu par le Code civil, à celui d'une peine perpétuelle, qu'elles deviendraient insuffisantes.

M. Gaillard-Kerbertin avait proposé, dans la même discussion, de définir l'expression trop vague de *famille*, de déterminer à quelles personnes les aliments sont dus. C'est ainsi que le Code pénal de 1791 limitait ce droit à la femme, aux enfants, au père et à la mère. Mais la solution de cette difficulté paraît se trouver dans les articles 203, 205, 206 et 207 du Code civil ; là sont les règles communes qui doivent s'étendre à toutes les questions de cette nature. C'est donc avec raison que cette proposition ne fut point accueillie.

Au reste, l'interdiction, telle que le Code civil l'a établie, se trouve modifiée par l'article 31 du Code pénal, qui défend de remettre aux condamnés, pendant la durée de la peine, aucune somme, aucune provision, aucune portion de leurs revenus. C'est là ce qui imprime à cette interdiction un caractère spécial, ce qui la sépare du droit commun.

Cette mesure a paru trop absolue à quelques esprits. On lit dans les discussions du Conseil d'État que M. Regnault (de Saint-Jean-d'Angély) en avait demandé la suppression, parce que, disait-il, la prohibition était trop rigoureuse, et qu'elle serait sans cesse éludée. M. Redon proposait de laisser à l'administration la faculté de remettre des secours aux condamnés dans la proportion de leurs besoins. Mais M. Treilhard et M. Berlier firent écarter cette proposition, en soutenant qu'on introduirait un privilége scandaleux en faveur des criminels riches, et une inégalité choquante entre divers hommes qui doivent subir la même peine [1].

M. Carnot a reproduit l'opinion émise par MM. Regnault et

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 8 oct. 1808.

Redon. « N'y avait-il donc, dit ce criminaliste, aucun moyen à prendre pour allier les principes de l'humanité avec ceux d'une rigoureuse justice? Tous les intérêts n'auraient-ils pas été ménagés, si le Code avait autorisé le conseil de famille à fixer le montant des sommes que le curateur aurait dû remettre entre les mains des administrateurs des prisons, pour subvenir aux plus pressants besoins du condamné? Les individus qui se sont rendus coupables de crimes ne méritent sans doute aucune faveur: mais peut-on regarder comme une simple faveur de subvenir aux besoins que réclame l'humanité[1]? » Nous ne partageons pas l'opinion de ce savant magistrat, et sa dernière considération nous touche peu; en effet, si les individus qui se sont rendus coupables ne méritent aucune faveur, ils doivent être soumis au régime qui pèse sur tous les condamnés, parce qu'on ne doit pas présumer que ce régime puisse blesser les règles de l'humanité.

Du reste, les effets de l'interdiction légale établie par l'article 29 du Code pénal ne se rapportent qu'à l'*administration* des biens. C'est ainsi qu'il a été décidé par la Cour impériale de Rouen que rien ne s'opposait à ce que le condamné temporaire disposât de ses biens par testament[2], et, par la Cour de cassation, qu'il pouvait porter plainte devant les tribunaux, à raison d'un délit dont il avait ressenti un préjudice[3]. Le Code pénal n'a point, en effet, reproduit cette disposition du Code de 1791, que « le condamné ne peut, pendant la durée de sa peine, exercer par lui-même aucun droit civil » ; et on doit en conclure que tous les droits qui ne lui ont pas été expressément enlevés lui sont conservés. Néanmoins la Cour de cassation a reconnu, en même temps, qu'il était incapable d'aliéner pendant l'exécution de la peine[4] : ce contrat, quoiqu'il appartienne au droit des gens plus qu'au droit civil,

1. Commentaire du Code pénal, t. 1, p. 105.

2. Arr. 28 déc. 1822, S. 23. 2. 179. — ** *Sic* Cass., 7 mars 1883; Bull. civ., n° 42.

3. Cass., 6 nov. 1817, Bull. n. 108.

4. Cass., 25 janv. 1825, S.25.1.345.

pourrait n'être, entre ses mains, qu'un moyen détourné d'échapper aux prohibitions dont il est frappé [1].

106. La dernière peine accessoire et privative d'un droit, celui de libre locomotion, « était » la *surveillance de la haute police* [2].

Cette mesure, qui « succédait » à la peine, qui « saisissait» le condamné au moment même où son châtiment « s'achevait », et dont on peut trouver le germe dans quelques dispositions des anciennes législations, a été pendant longtemps une disposition particulière à la loi française. Les Codes des autres nations ne l'avaient point édictée, soit qu'ils eussent considéré le crime comme entièrement effacé par l'exécution de la peine, soit que la surveillance leur eût paru constituer une seconde punition imposée au même fait ; mais on la trouve aujourd'hui textuellement écrite dans les nouveaux Codes de la Belgique et de l'Allemagne (art. 38 et 39). Cette surveillance, en effet, n'est point, à proprement parler, une peine : c'est la privation d'un droit, c'est une incapacité qui pèse sur le coupable à la suite du châtiment, semblable à la plupart des incapacités que nous venons de passer en revue.

1. * * Trois opinions se sont produites sur les effets de l'interdiction légale : la première, adoptée par notre savant auteur, n'enlève à l'interdit que l'administration de ses biens, en lui conservant d'ailleurs l'exercice de tous ses droits civils ; — la seconde, assimilant l'interdiction légale à l'interdiction judiciaire, déclare l'interdit incapable de tout acte de la vie civile, sans distinction ; — la troisième, en lui défendant tout acte d'administration ou d'aliénation entre-vifs, lui permet les autres actes, essentiellement personnels et qui ne peuvent être faits par représentant. C'est le système qui nous paraît le plus juridique. V. Demolombe, *De la Minorité*, I, n. 192 et les systèmes différents développés par lui. — V. aussi Cass., 27 février 1883 du 7 mars 1883, Bull. civ., n° 42 ; arrêt qui consacre la validité du testament fait par un individu en état d'interdiction légale.

2. * * La surveillance de la haute police a été abolie par la loi du 27 mai 1885, sur les récidivistes. Nous laissons seulement subsister les développements historiques et philosophiques du texte sur une peine qui a joué un grand rôle dans notre système pénitentiaire ; nous les compléterons même par l'analyse de la loi du 30 janv. 1874 ; nous retrancherons les développements sur des questions pratiques qui supposent la surveillance de la haute police en vigueur et n'auraient plus d'intérêt aujourd'hui.

Le Code pénal de 1791 n'avait point institué de surveillance; on en trouve les premières traces d'abord dans l'art. 131 du Sén.-cons. org. du 28 floréal an XII, qui place sous la surveillance de la police de l'État les accusés absous par la Haute Cour, ensuite dans un décret du 19 ventôse an XIII, qui dispose que les forçats libérés seront tenus de déclarer dans quelle commune ils veulent établir leur résidence, et qu'arrivés dans cette commune, ils y seront mis sous la surveillance de l'autorité locale. Un second décret du 17 juillet 1806 imprime plus de rigueur à ces mesures : la capitale, les résidences impériales, les places de guerre et les frontières, sont interdites aux libérés; le ministre de la police a la faculté de les déplacer des lieux qu'ils habitaient, de leur prescrire un lieu de résidence; enfin, ils ne peuvent changer de domicile sans autorisation. Mais ces dispositions ne s'appliquaient encore qu'aux *forçats* libérés.

107. Le Code pénal introduisit un nouveau système, moins rigoureux sans doute, mais aussi moins restreint dans son application. Le cautionnement en était le principe fondamental : les condamnés étaient soumis, à l'expiration de leur peine, à l'obligation de fournir une caution de bonne conduite, et, cette caution admise, ils recouvraient une liberté franche de toute entrave. Ce n'était qu'en cas d'impossibilité ou de refus de leur part de fournir cette caution, que les liens d'une surveillance continuelle enchaînaient leur existence : ils étaient alors à la disposition du Gouvernement, qui pouvait leur prescrire soit leur éloignement d'un certain lieu, soit leur résidence obligée dans un lieu déterminé. Leur désobéissance était punie d'un emprisonnement qui, dans la plupart des cas, n'avait point de terme.

Ce système des articles 44, 45 et 46 du Code pénal de 1810, quelque rigoureux qu'il fût, reposait sur un principe humain et généreux, celui du cautionnement. Mais les interprétations des décrets impériaux vinrent en restreindre le bienfait: un avis du Conseil d'État, approuvé le 30 septembre 1812, déclara, malgré l'opinion contraire du ministre de la police[1], qu'en cas

1. Rapport du duc de Rovigo, et projet de décret; Locré, t. 29, p. 236.

d'omission, dans l'arrêt de condamnation, du taux du cautionnement, les condamnés n'avaient aucune action pour la faire réparer, et que ce droit n'appartenait qu'au ministère public et aux parties civiles. Un autre avis du 4 août 1812 décidait, en même temps, qu'alors même que le cautionnement était fixé, et que le condamné offrait de le réaliser, le Gouvernement pouvait ne pas l'accepter, attendu que ce cautionnement étant établi non dans l'intérêt de l'accusé, mais dans celui du Gouvernement, il dépendait de celui-ci de l'exiger ou de le refuser. « Mais, dit à ce sujet M. Carnot, est-il bien exact de prétendre que le cautionnement ne soit pas dans l'intérêt du condamné, lorsque c'est le seul moyen qui lui soit offert d'éviter l'exil ou l'emprisonnement[1] ? »

Ainsi l'esprit de la loi avait été méconnu. Le cautionnement n'était plus un droit, mais une faculté; l'exception était devenue la règle, et le pouvoir de fixer aux condamnés libérés le lieu de leur résidence était considéré comme le droit commun. La peine des malheureux qui croyaient, en secouant leurs fers, avoir expié leurs fautes, se trouvait perpétuée, et leur liberté n'était qu'une détention moins étroite.

Le mode de cette surveillance élevait d'ailleurs des obstacles presque insurmontables à l'amendement des criminels. Les mesures prises par la police pour s'assurer que le libéré occupait réellement la résidence qui lui avait été assignée donnaient au fait de la condamnation une publicité inévitable. Surveillé par des agents subalternes, signalé à la défiance des maitres, à la jalousie et au mépris des ouvriers, suspect de tous les crimes commis dans le lieu qu'il habitait, le libéré ne trouvait pas de travail; l'impossibilité de gagner honnêtement son pain étouffait en lui toute résolution d'une vie meilleure, et la misère le rejetait bientôt dans le crime et dans les bagnes[2].

Le cautionnement eût évité la plupart de ces inconvénients. Mais un petit nombre de condamnés seulement en profitaient; la plupart ignoraient ce bénéfice de la loi, et l'admi-

1. Commentaire du Code pénal, t. 1, p. 132.
2. V. l'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832.

nistration ne le leur faisait point connaître[1]. Ensuite, le vice de ce cautionnement était d'être déterminé longtemps à l'avance dans l'arrêt de condamnation. Comment cependant prévoir à cette époque quelle serait la conduite du condamné, et quelles garanties il serait nécessaire de lui demander à la sortie de sa prison? Peu importait sa conduite pendant la durée de la peine; peu importait qu'il s'amendât ou qu'il persévérât dans le crime: la société n'avait point de garantie contre des vices devenus plus menaçants, point de récompense pour le condamné régénéré. En Angleterre, le jury exige également des *recognizances* de bonne conduite, mais au moment du trouble même, et en les proportionnant exactement à la gravité de l'alarme ou du danger[2]. Peut-être le système des cautionnements pourrait-il se coordonner avec un Code disciplinaire des prisons, et devenir, pendant la durée de la peine, l'espérance des condamnés et un puissant mobile de bonne conduite[3].

108. La loi du 28 avril 1832 a complètement changé ce mode de surveillance.

Les résidences obligées, les détentions administratives ont cessé. Le droit de surveillance n'est plus qu'un simple droit de défense: ses effets sont restreints à l'interdiction des lieux où la présence du libéré peut être dangereuse. Partout ailleurs, liberté pleine et entière; partout ailleurs, le libéré est confondu dans la classe commune des citoyens; aucune mesure préventive ne peut être prise à son égard, ne doit révéler sa position. « L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police, porte l'art. 44, sera de donner au Gouvernement le droit de déterminer certains lieux dans lesquels il sera interdit au condamné de paraître après qu'il aura subi sa peine. »

109. Cependant la police administrative doit suivre ses pas, quoique silencieusement : sans manifester de craintes, elle

1. Rapport de la commission.
2. Recognizances to keep the peace and for good behaviour. — Henry Stephen, Summary of the criminal Law, p. 218 et 220.
3. Rapport de la commission de la Chambre des députés.

doit veiller sur ses démarches, elle doit connaître ses déplacements et sa résidence. C'est pour atteindre ce but que le même article ajoute que, « en outre, le condamné devra déclarer, avant sa mise en liberté, le lieu où il veut fixer sa résidence ; il recevra une feuille de route, réglant l'itinéraire dont il ne pourra s'écarter, et la durée de son séjour dans chaque lieu de passage. Il sera tenu de se présenter, dans les vingt-quatre heures de son arrivée, devant le maire de la commune ; il ne pourra changer de résidence sans avoir indiqué, trois jours à l'avance, à ce fonctionnaire, le lieu où il se propose d'aller habiter, et sans avoir reçu de lui une nouvelle feuille de route. » Toutes ces formalités n'ont qu'un seul objet, c'est de faire connaître à l'autorité les lieux où le libéré réside ; c'est de la mettre à même d'observer ses mouvements. Mais elles se réduisent à une simple déclaration : le condamné n'a besoin ni de permission, ni d'autorisation pour se déplacer.

110. Ce système de surveillance avait été abandonné par le législateur. Un décret du 8 décembre 1851 contient les dispositions suivantes : « Art. 4. L'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera à l'avenir de donner au Gouvernement le droit de déterminer le lieu dans lequel le condamné devra résider après qu'il aura subi sa peine. L'administration déterminera les formalités propres à constater la présence continue du condamné dans le lieu de sa résidence. » — « Art. 5. Tout individu placé sous la surveillance de la haute police, qui sera reconnu coupable du délit de rupture de ban, pourra être transporté, par mesure de sûreté générale, dans une colonie pénitentiaire, à Cayenne ou en Algérie. La durée de la transportation sera de cinq années au moins et de dix ans au plus. »

Ce décret, qui avait repris à peu près le système du Code de 1810, en supprimant la faculté favorable du cautionnement et en donnant pour sanction aux mesures de la surveillance la peine de la transportation, a été à son tour abrogé par un décret du 24 octobre 1870, qui porte, dans son art. 1er, abrogation du décret du 8 décembre 1851 et, dans son art. 2, « que l'effet du renvoi sous la surveillance de la haute police sera

ultérieurement réglé. ». La loi du 28 avril 1832 se trouvait ainsi, et jusqu'à ce réglement ultérieur, implicitement remise en vigueur [1].

111. Nous ne contestons point à la société le droit de prendre des mesures de précaution à l'égard des hommes dont elle a de justes motifs de suspecter la conduite. L'homme qui a été légalement convaincu d'un crime n'est point placé par le sentiment public sur la même ligne que celui dont la vie a toujours été pure. Une juste défiance l'environne, et le pouvoir social ne fait que s'associer à cette pensée en prenant à son égard quelques mesures de surveillance : c'est une sorte d'épreuve à laquelle la cité le soumet avant de lui restituer ses droits. Que si l'on objecte qu'il a subi sa peine, que par cette expiation il a lavé sa faute, que la dette qu'il avait contractée envers la société est payée, la réponse est qu'il ne s'agit point de subir une autre peine, mais seulement de lui imposer une certaine incapacité ; que cette incapacité n'a point pour objet de réprimer un crime déjà puni, mais qu'elle est attachée à sa position de condamné libéré ; que, bien que la société ne le repousse pas, et qu'elle tienne compte de la peine qu'il a subie, elle se ressouvient cependant de son crime, et qu'elle est dès lors fondée à ne l'admettre dans son sein qu'en lui demandant quelques garanties d'une meilleure conduite. La surveillance est donc une mesure légitime que la société a le droit d'exer-

1. ** La loi du 23 janvier 1874 est venue réglementer à nouveau la surveillance de la haute police. C'était le système de la loi de 1832 avec des modifications de détail. Le condamné devait indiquer, quinze jours au moins avant sa libération, le lieu où il voulait se fixer ; il ne pouvait le quitter qu'après un séjour de six mois et en prévenant le maire huit jours à l'avance (art. 44 C. P., modifié par la loi du 23 janvier 1874. — Aj. le décret du 6 novembre 1875). De plus, la loi de 1874 fixait à 20 années le maximum de la durée de la surveillance, qui était auparavant perpétuelle, et elle autorisait dans tous les cas les juges à en réduire la durée et même à en exempter le condamné ; mention devait être faite dans le jugement, à peine de nullité, qu'il en avait été délibéré. La surveillance pouvait aussi être remise ou réduite par voie de grâce et suspendue par mesure administrative. — Ces diverses mesures s'appliquent aujourd'hui à l'interdiction de résidence, qui remplace la surveillance de la haute police abolie, aux termes de l'art. 19 de la loi du 17 mai 1885.

cer dans l'intérêt de sa conservation et de sa défense ; mais elle n'est pas une peine ; la peine est exécutée, et la même faute ne peut être punie deux fois. Il s'agit de venir en aide au libéré, soit pour empêcher ses mauvais iustincts de se développer, soit pour fournir un appui à sa débilité ou à sa misère. La loi a rempli la première partie de cette tâche ; elle a voulu comprimer par une surveillance active et continue les mauvais penchants du libéré ; mais a-t-elle rempli la seconde ? lui a-t-elle fourni les moyens de se régénérer par la bonne conduite et par le travail ?

Le véritable caractère de la surveillance nous semble être celui d'une tutelle. Le condamné a été placé par le jugement, comme le mineur, le prodigue et le fou furieux, dans un état d'incapacité ; il lui faut un appui pour lutter contre lui-même, pour combattre les désavantages de la position que la peine lui a faite, pour reprendre sa place dans la cité. La société elle-même, qui ne le voit qu'avec défiance, qui le regarde comme suspect, lui demande une garantie de sa conduite : cette garantie, elle la trouve dans une sorte de tutelle, dans un patronage, dans une surveillance. C'est à ce point de vue que nous aurions apprécié l'utilité d'une caution personnelle, dégagée des conditions trop onéreuses qui la rendent impossible et réduite à la seule responsabilité qui intéresse l'ordre social. Mais n'est-il pas à craindre que la seule relégation dans un lieu que le libéré ne choisit pas, mais que l'administration désigne, et qu'il ne doit plus quitter, ne soit pas une garantie suffisante de sa bonne conduite ? La surveillance est publique, la résidence dans le lieu où elle s'exerce est obligée, les mesures qui la constituent sont abandonnées à la volonté de l'administration : faut-il espérer que les libérés placés dans une telle position s'y résigneront et ne chercheront pas à s'y dérober ? S'ils ne peuvent plus se livrer au vagabondage, en deviendront-ils meilleurs ? La loi, en aggravant la surveillance jusqu'à en faire une seconde peine, atteindra-t-elle le seul but qu'elle doit se proposer, l'extinction de la récidive ? Loin de là, il est aujourd'hui constaté que le système pratiqué depuis 1851 avait été la source d'un nombre considérable de récidives : les condamnés, ne trouvant souvent aucun moyen

de travail dans le lieu de résidence qui leur était fixé, s'évadaient et tombaient dans un état de vagabondage qui était une menace incessante pour la sécurité publique. Il faut reconnaître en même temps que notre Code a été trop prodigue d'une mesure qui n'aurait dû être appliquée qu'aux agents évidemment dangereux. Cambacérès avait demandé, lors de la rédaction du Code, qu'elle ne fût prononcée que par les Cours d'assises ; et la commission du Corps législatif avait émis le vœu que ce moyen ne fût employé qu'avec circonspection dans les matières correctionnelles. C'est déployer une aveugle rigueur que de l'employer de plein droit comme une conséquence nécessaire de certaines peines ou de certaines condamnations ; car parmi les agents qui en sont ainsi frappés, il en est un grand nombre pour lesquels elle est tout à fait inutile et dont elle gêne l'existence sans profit pour le bien public. Il nous semble qu'il serait convenable, d'abord, d'abandonner aux juges, dans tous les cas, le soin de discerner à quels condamnés il est nécessaire d'appliquer la surveillance ; ensuite, de faire cesser cette mesure et d'en relever ces condamnés toutes les fois qu'un patronage pourrait les soutenir et les protéger : c'est dans l'application de cette double proposition que nous paraît se trouver la solution du problème de la surveillance [1].

1. * * Ces vœux avaient été, en partie, accomplis par la loi du 23 janvier 1874, dont nous avons résumé l'économie. La loi du 27 mai 1885, *sur les récidivistes*, est allée plus loin ; elle a aboli la peine de la surveillance de la haute police. L'art. 19 de cette loi porte : « La peine de la surveillance de la haute police est supprimée. Elle est remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui sera signifiée par le Gouvernement avant sa libération. — Toutes les autres obligations et formalités imposées par l'art. 44 C. P. sont supprimées à partir de la promulgation de la présente loi, sans qu'il soit toutefois dérogé aux dispositions de l'art. 635 C. instr. crim. — Restent, en conséquence, applicables pour cette interdiction les dispositions antérieures qui réglaient l'application et la durée, ainsi que la remise ou la suppression de la surveillance de la haute police, et les peines encourues par les contrevenants, conformément à l'art. 45 C. pén. — Dans les trois mois qui suivront la promulgation de la présente loi, le Gouvernement signifiera aux condamnés actuellement soumis à la surveillance de la haute police

112-118. Il reste à parler de la sanction pénale que la loi a

les lieux dans lesquels il leur sera interdit de paraître pendant le temps qui restait à courir de cette peine. »

On voit que le régime organisé par la loi du 23 janvier 1874 subsiste, mais s'applique désormais à l'interdiction de résidence qui remplace la surveillance de la haute police.

En conséquence, l'interdiction de résidence reste attachée, comme l'était la surveillance de la haute police, aux condamnations aux travaux forcés à temps, à la détention, à la réclusion, au bannissement, et aux condamnations à des peines perpétuelles, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par la décision gracieuse (art. 46 et 47 C. P., révisés par la loi du 23 janvier 1874). — Dans le cas de condamnation à une peine temporaire, l'arrêt ou le jugement de condamnation peut réduire la durée de l'interdiction, dont le maximum est vingt ans, ou même déclarer que les condamnés n'y seront pas soumis (art. 46) ; et lorsque le jugement ne contient pas dispense ou réduction, mention doit être faite, à peine de nullité, qu'il en a été délibéré (art. 47) ; toutefois la cassation ne doit être prononcée que *parte in qua*, et elle ne confère à la Cour de renvoi que la mission de statuer sur la question de réduction ou de dispense (Cass., 4 avril, 2 juill., 1er oct. 1874 ; Bull. nos 107, 187, 265 ; — 7 mai, 23 et 30 sept., 18 oct. 1875 ; Bull. nos 150, 295, 296 et 320). Mais, pour les peines perpétuelles, la jurisprudence a décidé que les tribunaux n'avaient pas a prévoir l'éventualité d'une grâce qui dépend essentiellement de l'initiative du gouvernement, et qu'ils ne peuvent, sans excès de pouvoir, après avoir prononcé une condamnation aux travaux forcés à perpétuité, y ajouter éventuellement le maximum de la durée de la surveillance, ni, par conséquent aujourd'hui, de l'interdiction de résidence (Cass., 27 mars 1880 ; S. 81. 1. 92 ; — 23 févr. 1882 ; Bull. n° 51). Elle a décidé, d'autre part, qu'il y a excès de pouvoir dans l'arrêt qui, en condamnant un accusé aux travaux forcés à perpétuité, déclare le dispenser de la surveillance (Cass., 16 sept. 1880 ; S. 81. 1. 440).

L'interdiction de résidence peut, comme la surveillance de la haute police, être remise ou réduite par voie de grâce ; elle peut être suspendue par mesure administrative (art. 48, révisé par la loi du 23 janvier 1874). La prescription de la peine ne relève pas le condamné de l'interdiction à laquelle il est soumis. En cas de prescription d'une peine perpétuelle, le condamné est de plein droit soumis à l'interdiction de résidence pendant vingt années (même texte). L'interdiction de résidence cesse, comme toutes les incapacités résultant de la condamnation, par la réhabilitation (art. 633 C. instr. crim.).

Une circulaire ministérielle du 1er juillet 1885 contient la liste des localités qui sont désormais interdites aux libérés. Cette liste comprend : 1° Les localités interdites à titre général ; — 2° Les localités interdites à titre particulier. Les localités interdites à titre général sont : Dans les Alpes-Maritimes, Nice et Cannes ; dans les Bouches-du-Rhône, Marseille ;

donnée à ces diverses mesures [1]. L'ancien article 45 du Code pénal portait qu'en cas de désobéissance, le Gouvernement aurait le droit de faire arrêter et détenir le condamné durant un intervalle de temps qui pouvait s'étendre jusqu'à l'expiration du délai fixé pour la surveillance. Ce droit de détention administrative était l'une des dispositions les plus odieuses du Code ; c'était une peine souvent très grave, quelquefois perpétuelle, prononcée sans jugement, sans que le prévenu pût se défendre, sans aucune garantie quelconque. Les principes ont été rétablis par la loi du 28 avril 1832 ; à l'arbitraire a été substitué le droit commun ; la peine de la désobéissance ne peut plus, aux termes du nouvel article 45 du Code pénal, être prononcée que par les tribunaux correctionnels, et cette peine est limitée à cinq ans.

On doit rechercher quel est le caractère de cette désobéissance, si elle constitue un délit ou bien une simple contraven-

dans la Gironde, Bordeaux et la banlieue : Bègles, Talence, Caudéran, Le Bouscat, Bruges ; dans la Loire, Saint-Etienne ; dans la Loire-Inférieure, Nantes ; dans le Nord, Lille ; dans les Basses-Pyrénées, Pau ; dans le Rhône, Lyon et l'agglomération lyonnaise ; dans la Saône-et-Loire, Le Creuzot ; et les départements en entier de la Seine, de Seine-et-Marne et de Seine-et-Oise. — Les localités interdites à titre spécial sont : 1° l'Algérie, pour tous ceux qui n'y sont pas nés ; — 2° la Corse, pour tous ceux qui ont été condamnés par les tribunaux du pays ; — 3° la circonscription communale et les annexes de la maison centrale, pour les condamnés qui y ont été détenus. Enfin, tout individu condamné pour attentat à la pudeur, meurtre, incendie ou menaces de mort ne pourra reparaître dans la commune, l'arrondissement, le ou les départements où sa présence serait pour la population une cause de danger ou d'effroi : ces lieux sont déterminés par le ministre sur la proposition du procureur général.

Nous avons dit déjà que la jurisprudence a conclu de l'art. 19 de la loi du 27 mai 1885 que les délits de rupture de ban commis antérieurement n'ont pu, après la promulgation de cette loi, être l'objet d'ucune répression ; et que la loi nouvelle doit être appliquée, alors même qu'elle a été promulguée après la condamnation, si la décision prononçant cette condamnation a été l'objet d'un pourvoi en cassation non encore jugé au moment de la promulgation de cette loi (V. *Suprà*, p. 48, n. 2.)

1. * * Cette sanction subsiste aujourd'hui ; mais elle est attachée à l'infraction à l'interdiction de résidence, aux termes de la disposition expresse de l'art. 19 de la loi du 27 mai 1885.

tion matérielle. Il est évident que la rupture de ban n'est point un délit moral, qu'elle ne révèle point dans le délinquant une perversité plus grande, un agent plus dangereux. Elle existe, indépendamment de toute intention criminelle, par le seul fait de l'infraction aux règles prescrites par l'art. 44. La désobéissance à la loi morale constitue seule le délit; la désobéissance aux formalités imposées par les lois de police ne constitue qu'une contravention [1].

A la vérité, l'article 45 a fixé les limites du *maximum* de la peine à cinq ans d'emprisonnement, et n'a point déterminé de *minimum*. Mais cette latitude a été motivée sur ce que les infractions auxquelles la surveillance peut donner lieu, sont extrêmement diverses par leur importance et par leur danger. C'est au juge seul qu'il peut appartenir d'en apprécier la valeur, et de les réprimer par l'application soit d'une peine correctionnelle, soit d'une peine de simple police. L'infraction la plus grave que le condamné puisse commettre est de se présenter dans les lieux qui lui sont interdits [2]; les autres, consistant dans des formalités négligées, peuvent, sans trop d'inconvénients, n'exiger que des peines légères.

119. Du principe qui vient d'être posé, il résulte que l'infraction de ban commise par un condamné ne peut donner lieu à l'application de l'aggravation pénale de la récidive. En effet, cette aggravation est fondée sur la présomption d'une perversité plus grave de l'agent; elle ne peut donc se puiser que dans un fait moral, dans un deuxième délit. Il a été jugé dans ce sens : « que l'infraction au ban de surveillance résultant d'une première condamnation est un délit d'une nature spéciale, qui se rattache à l'exécution de la première condamnation prononcée contre le prévenu, et que l'inexécution de

1. V. Cass., 18 oct. 1845, Bull. n. 330. — * * Nous ne saurions admettre cette terminologie. Pour nous, toute infraction punie de peines correctionnelles est un *délit*, d'après les termes formels de l'art. 1er du Code pénal; et nous avons dit que telle est aussi la classification que la Cour suprême a consacrée dans ses derniers arrêts. (V. *Suprà*, p. 36, n. 1).

2. * * C'est la seule aujourd'hui, aux termes de l'article 19 de la loi du 27 mai 1885.

cette condamnation, quant à la mesure de police de la surveillance à laquelle il a été soumis par le premier jugement de condamnation, ne peut constituer une récidive passible de l'aggravation de peine portée par l'art. 58 [1]. »

Mais si la condamnation pour l'infraction de ban ne peut se combiner avec la condamnation qui a placé le condamné en état de surveillance pour produire l'état de récidive, il n'en est plus ainsi quand la condamnation pour l'infraction de ban est suivie d'une seconde infraction de ban. Dans la première hypothèse, l'infraction supposant par elle-même l'état de récidive, cette circonstance ne peut entrer dans la mesure de la peine, tandis que dans la seconde cette considération cesse d'exister [2]. Il en est encore ainsi lorsque l'état de récidive résulte, non de la condamnation qui a mis le prévenu en surveillance, mais d'une autre condamnation ayant une cause distincte [3].

120-123. Quel est le tribunal qui doit statuer sur l'individu prévenu de rupture de ban? Est-ce celui du lieu où il a été trouvé, ou celui qui a prononcé la condamnation? Le tribunal du lieu est évidemment compétent, aux termes des art. 23 et 63 du C. d'inst. crim. [4], et ce n'est qu'au cas où le prévenu dénie son identité qu'il y a lieu, conformément à l'art. 518 du même Code, de le renvoyer devant le juge qui a prononcé la condamnation primitive [5].

1. Cass., 15 juin 1837, Bull. n. 181. — * * V. aussi Cass., 16 mai 1878; Bull. n. 112; — 24 juill. 1879; Bull. n. 151; — 25 janv. et 1er févr. 1883; S. 83. 1. 40. — Comp. toutefois, Cass., 17 février 1882; Bull. n. 47.

2. Cass., 20 juill. 1854, Bull. n. 229; 24 nov. 1856, n. 352; 19 déc. 1868, n. 254.

3. Cass., 14 nov. 1856, Bull. n. 352. — * * V. aussi, Cass. 1er février 1883; Bull. n. 29; S. 85. 1. 40.

4. Cass., 17 sept. 1834, Dev. 35.1.79; 23 juill. 1835, Dev. 35.1.929 8 oct. 1835, Dev. 36.1.176.

5. * * La loi du 27 mai 1885, *sur les récidivistes*, a introduit dans notre système pénal une nouvelle peine accessoire, la relégation. Nous allons transcrire le texte de cette importante loi, et essayer de résoudre les principales difficultés auxquelles elle donne lieu dans l'application.

ART. 1er. — La relégation consistera dans l'internement perpétuel sur le territoire de colonies ou possessions françaises des condamnés que la

présente loi a pour objet d'éloigner de France. — Seront déterminés, par décrets rendus en forme de règlement d'administration publique, les lieux dans lesquels pourra s'effectuer la relégation, les mesures d'ordre et de surveillance auxquelles les relégués pourront être soumis par mesure de sécurité publique, et les conditions dans lesquelles il sera pourvu à leur subsistance, avec obligation du travail à défaut de moyens d'existence dûment constatés.

ART. 2. — La relégation ne sera prononcée que par les cours et tribunaux ordinaires, comme conséquence des condamnations encourues devant eux, à l'exclusion de toutes juridictions spéciales et exceptionnelles. — Ces cours et tribunaux pourront toutefois tenir compte des condamnations prononcées par les tribunaux militaires et maritimes, en dehors de l'état de siége ou de guerre, pour les crimes ou délits de droit commun spécifiés à la présente loi.

ART. 3. — Les condamnations pour crime ou délit politique, ou pour crimes et délits qui leur seront connexes ne seront, en aucun cas, comptées pour la relégation.

ART. 4. — Seront relégués les récidivistes qui, dans quelque ordre que ce soit et dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, auront encouru les condamnations énumérées à l'un des paragraphes suivants:

1° Deux condamnations aux travaux forcés ou à la réclusion, sans qu'il soit dérogé aux dispositions des §§ 1 et 2 de l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854;

2° Une des condamnations énoncées au paragraphe précédent et deux condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour: vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation habituelle des mineurs à la débauche, vagabondage ou mendicité par application des art. 277 et 279 C. pén.;

3° Quatre condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour les délits spécifiés au § 2 ci-dessus;

4° Sept condamnations, dont deux au moins prévues par les paragraphes précédents, et les autres, soit pour vagabondage, soit pour infraction à l'interdiction de résidence signifiée par application de l'art. 19 de la présente loi, à la condition que deux de ces autres condamnations soient à plus de trois mois d'emprisonnement.

Sont considérés comme gens sans aveu et seront punis des peines édictées contre le vagabondage, tous individus qui, soit qu'ils aient ou non un domicile certain, ne tirent habituellement leur subsistance que du fait de pratiquer ou faciliter sur la voie publique l'exercice de jeux illicites, ou la prostitution d'autrui sur la voie publique.

ART. 5. — Les condamnations qui auront fait l'objet de grâce, commutation ou réduction de peine seront néanmoins comptées en vue de la relé

gation. Ne le seront pas celles qui auront été effacées par la réhabilitation.

Art. 6. — La relégation n'est pas applicable aux individus qui seront âgés de plus de soixante ans ou de moins de vingt-et-un ans à l'expiration de leur peine. Toutefois les condamnations encourues par le mineur de vingt-et-un ans compteront en vue de la relégation, s'il est, après avoir atteint cet âge, de nouveau condamné dans les conditions prévues par la présente loi.

Art. 7. — Les condamnés qui auront encouru la relégation resteront soumis à toutes les obligations qui pourraient leur incomber en vertu des lois sur le recrutement de l'armée. Un règlement d'administration publique déterminera dans quelles limites ils accompliront ces obligations.

Art. 8. — Celui qui aurait encouru la relégation par application de l'art. 4 de la présente loi, s'il n'avait pas dépassé soixante ans, sera, après l'expiration de sa peine, soumis à perpétuité à l'interdiction de séjour édictée par l'art. 19 ci-après. S'il est mineur de vingt-et-un ans, il sera, après l'expiration de sa peine, retenu dans une maison de correction jusqu'à sa majorité.

Art. 9. — Les condamnations encourues antérieurement à la promulgation de la présente loi seront comptées en vue de la relégation, conformément aux précédentes dispositions. Néanmoins, tout individu qui aura encouru avant cette époque des condamnations pouvant entraîner dès maintenant la relégation n'y sera soumis qu'au cas de condamnation nouvelle dans les conditions ci-dessus prescrites.

Art. 10. — Le jugement ou l'arrêt prononcera la relégation en même temps que la peine principale ; il visera expressément les condamnations antérieures par suite desquelles elle sera applicable.

Art. 11. — Lorsqu'une poursuite devant un tribunal correctionnel sera de nature à entraîner l'application de la relégation, il ne pourra jamais être procédé dans les formes édictées par la loi du 20 mai 1863 sur les flagrants délits. — Un défenseur sera nommé d'office au prévenu, à peine de nullité.

Art. 12. — La relégation ne sera appliquée qu'à l'expiration de la dernière peine à subir par le condamné. Toutefois, faculté est laissée au gouvernement de devancer cette époque pour opérer le transfèrement du relégué. Il pourra également lui faire subir tout ou partie de la dernière peine dans un pénitentier. Ces pénitenciers pourront servir de dépôt pour les libérés qui y seront maintenus jusqu'au plus prochain départ pour le lieu de relégation.

Art. 13. — Le relégué pourra momentanément sortir du territoire de relégation en vertu d'une autorisation spéciale de l'autorité supérieure locale. Le ministre seul pourra donner cette autorisation pour plus de six mois ou la réitérer. Il pourra seul aussi autoriser, à titre exceptionnel et pour six mois au plus, le relégué à rentrer en France.

Art. 14. — Le relégué qui, à partir de l'expiration de sa peine, se sera rendu coupable d'évasion ou de tentative d'évasion, celui qui, sans autorisation, sera rentré en France ou aura quitté le territoire de relégation,

celui qui aura outrepassé le temps fixé par l'autorisation, sera traduit devant le tribunal correctionnel du lieu de son arrestation ou devant celui du lieu de relégation, et, après reconnaissance de son identité, sera puni d'un emprisonnement de deux ans au plus. En cas de récidive, cette peine pourra être portée à cinq ans. Elle sera subie sur le territoire des lieux de relégation.

Art. 15. — En cas de grâce, le condamné à la relégation ne pourra en être dispensé que par une disposition spéciale des lettres de grâce. Cette dispense par voie de grâce pourra d'ailleurs intervenir après l'expiration de la peine principale.

Art. 16. — Le relégué pourra, à partir de la sixième année de sa libération, introduire devant le tribunal de la localité une demande tendant à se faire relever de la relégation, en justifiant de sa bonne conduite, des services rendus à la colonisation et de moyens d'existence. Les formes et conditions de cette demande seront déterminées par le règlement d'administration publique prévu par l'art. 18 ci-après.

Art. 17. — Le gouvernement pourra accorder aux relégués l'exercice sur les territoires de relégation de tout ou partie des droits civils dont ils auraient été privés par l'effet des condamnations encourues.

Art. 18. — Des règlements d'administration publique détermineront : — Les conditions dans lesquelles les relégués accompliront les obligations militaires auxquelles ils pourraient être soumis par les lois sur le recrutement de l'armée ; — L'organisation des penitentiers mentionnés en l'art. 12 ; — Les conditions dans lesquelles le condamné pourra être dispensé provisoirement ou définitivement de la relégation pour cause d'infirmité ou de maladie, les mesures d'aide et d'assistance en faveur des relégués ou de leur famille, les conditions auxquelles des concessions de terrains provisoires ou définitives pourront leur être accordées, les avances à faire, s'il y a lieu, pour premier établissement, le mode de remboursement de ces avances, l'étendue des droits de l'époux survivant, des héritiers ou des tiers intéressés sur les terrains concédés et les facilités qui pourraient être données à la famille des relégués pour les rejoindre ; — Les conditions des engagements de travail à exiger des relégués ; — Le régime et la discipline des établissements ou chantiers où ceux qui n'auraient ni moyens d'existence ni engagement, seront astreints au travail ; — Et, en général, toutes les mesures nécessaires à assurer l'exécution de la présente loi.

Le premier règlement destiné à organiser l'application de la présente loi sera promulgué dans un délai de six mois au plus à dater de sa promulgation (a).

Art. 19. — Est abrogée la loi du 9 juillet 1852, concernant l'interdiction, par voie administrative, du séjour du département de la Seine et des communes formant l'agglomération lyonnaise. — La peine de la sur-

(a) Ce décret a été rendu le 26 novembre 1885 et promulgué au Journal Officiel du 27.

veillance de la haute police est supprimée. Elle est remplacée par la défense faite au condamné de paraître dans les lieux dont l'interdiction lui sera signifiée par le Gouvernement avant sa libération. — Toutes les autres obligations et formalités imposées par l'art. 44 C. pén. sont supprimées à partir de la promulgation de la présente loi, sans qu'il soit toutefois dérogé aux dispositions de l'art. 635 C. instr. crim. — Restent en conséquence applicables pour cette interdiction les dispositions antérieures qui réglaient l'application ou la durée ainsi que la remise ou la suppression de la surveillance de la haute police, et les peines encourues par les contrevenants, conformément à l'art. 45 C. pén. — Dans les trois mois qui suivront la promulgation de la présente loi, le Gouvernement signifiera aux condamnés actuellement soumis à la surveillance de la haute police les lieux dans lesquels il leur sera interdit de paraître pendant le temps qui restait à courir de cette peine.

Art. 20. — La présente loi est applicable à l'Algérie et aux colonies. — En Algérie, par dérogation à l'art. 2, les Conseils de guerre prononceront la relégation contre les indigènes des territoires de commandement qui auront encouru, pour crimes et délits de droit commun, les condamnations prévues par l'art. 4 ci-dessus.

Art. 21. — La présente loi sera exécutoire à partir de la promulgation du réglement d'administration publique mentionné au dernier paragraphe de l'art. 18.

Art. 22. — Un rapport sur l'exécution de la présente loi sera présenté chaque année par le ministre compétent à M. le président de la République.

Art. 23. — Toutes dispositions antérieures sont abrogées en ce qu'elles ont de contraire à la présente loi.

Cette loi, dont le besoin était unanimement senti, est la résultante d'un certain nombre de propositions et de projets de loi tendant à préserver la société contre des récidives dont la proportion croissante devenait un véritable péril social : proposition de loi de M. Jullien et autres contre les récidivistes, le 1er décembre 1881 ; proposition de loi de MM. Waldeck-Rousseau et Martin-Feuillée, relative à la transportation des récidivistes, le 16 février 1882; proposition de loi de MM. Thomson et autres, ayant pour objet de frapper de peines spéciales les récidivistes appartenant aux populations indigènes de l'Algérie, le 16 février 1882; projet de loi par M. Fallières, ministre de l'intérieur, et M. Devès, garde des sceaux, sur la relégation aux colonies des récidivistes et malfaiteurs d'habitude et sur l'interdiction de séjour dans le département de la Seine, le 11 novembre 1882 ; proposition de loi sur les récidivistes, par M. Delattre, le 12 mai 1883.

Nous trouvons, dans l'Exposé des motifs qui a accompagné le projet du Gouvernement, quelques chiffres sur la progression de la récidive de nature à nous édifier sur la nécessité de la loi nouvelle. Ce n'est pas

toutefois parmi les accusés que cette progression se remarque ; le chiffre des récidives est, au contraire, en décroissance :

De 1826 à 1830	1.107
De 1831 à 1835	1.386
De 1851 à 1855	2.314
De 1856 à 1860	1.923
De 1871 à 1875	1.858
De 1876 à 1880	1.656

Observons, en passant, (et il est étonnant que cette observation n'ait pas été faite par les auteurs du projet), que la pratique de la correctionnalisation dénoncée par l'Exposé des motifs de la loi du 13 mai 1863 et cette loi elle-même, qui a correctionnalisé 22 faits, qualifiés crimes par le Code pénal, peuvent servir à expliquer la décroissance constatée à partir de 1860, alors que nous allons voir dans les délits une croissance de récidives tout à fait effrayante. Voici, de 1826 à 1880, le nombre moyen annuel des délits jugés par les tribunaux correctionnels en regard du nombre annuel de ces mêmes prévenus en état de récidive :

Périodes.	Nombre annuel des délits.	Nombre annuel des prévenus récidivistes.
De 1826 à 1830.	41.140	4.101
De 1831 à 1835.	46.496	6.810
De 1851 à 1855.	124.560	32.618
De 1856 à 1860.	122.532	40.332
De 1871 à 1875.	132.623	60.184
De 1876 à 1880.	146.024	70.731

« Ainsi s'impose, dit l'Exposé des motifs, d'une façon décisive, comme une nécessité de préservation sociale et même comme condition d'amendement à venir pour les condamnés non incorrigibles, le remède réclamé avec instance, voici dix années, par les hommes assurément les moins suspects d'emportement et de témérité, les moins partisans des mesures d'exception et des procédés empiriques, — c'est-à-dire l'éloignement hors de France des récidivistes et malfaiteurs incurables. »

La loi était très nécessaire ; mais elle a été élaborée de telle façon qu'on peut bien dire que c'est la plus mal faite de toutes les lois qui composent l'arsenal de notre Droit pénal : c'est pourtant en matière pénale que le législateur a surtout le devoir d'être clair et précis ! La loi vient à peine d'entrer dans l'application, et déjà les difficultés les plus graves se sont soulevées de toutes parts.

L'article 4, qui détermine les cas, dans lesquels la relégation doit être appliquée d'une manière générale, et l'art. 9, qui en règle l'application en vertu de condamnations antérieures, sont naturellement le siège des plus grosses difficultés.

Disons d'abord que la loi du 27 mai 1885, étant une loi de police et de sûreté s'applique aux étrangers aussi bien qu'aux nationaux (Cass., 5 mars 1886 ; S. 86. 1. 327 ; arrêt décidant, avec raison, que la relégation doit

être prononcée contre l'étranger, encore bien qu'il soit sous le coup d'un arrêté d'expulsion pris en vertu de la loi du 3 décembre 1849, et auquel il a contrevenu).

Voici maintenant les principales questions à examiner, questions dont la plupart sont extrêmement délicates : 1° Dans quelle période de temps doivent se rencontrer les condamnations qui comptent pour la relégation ? — 2° Quelles condamnations entraînent la relégation d'une manière générale ? — 3° Dans quels cas la relégation est-elle encourue en vertu de condamnations antérieures ? — 4° Quelle est la procédure à suivre en matière de relégation et de quelle manière les jugements et arrêts doivent-ils être rédigés ?

§ I.

Dans quelle période de temps doivent se rencontrer les condamnations qui comptent pour la relégation ?

Les condamnations qui comptent pour la relégation sont seulement, aux termes de l'art. 4, celles qui ont été encourues *dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie*. Remarquons ici une différence avec les principes de la récidive, pour laquelle aucune condition de temps n'est fixée. Maintenant, quelle est cette période de dix ans, où commence-t-elle et où finit-elle ?

Nous tenons d'abord pour constant, comme l'a jugé la Cour de cassation dans son arrêt du 11 mars 1886, cassant un arrêt de la Cour de Chambéry, que ce n'est pas dans une période décennale quelconque de la vie du condamné que doit se rencontrer le nombre de condamnations exigé pour la relégation, mais dans la période qui précède immédiatement *le délit ou la condamnation*, suivant l'opinion que l'on adopte sur le point de départ du délai, ce que nous examinerons tout-à-l'heure. Si l'on pouvait ainsi remonter dans un passé plus ou moins lointain, et tenir état des condamnations prononcées dans une période quelconque de la vie du condamné, on ne comprendrait pas pourquoi la détermination d'un délai de 10 ans. Le texte et l'esprit de la loi du 27 mai 1885 repoussent d'ailleurs irrésistiblement la théorie de la Cour de Chambéry. Dans cette théorie, la loi sur la relégation serait entachée d'une rétroactivité violente ; car le condamné serait relégué *uniquement* à cause de ses condamnations antérieures. C'est ce que la loi n'a pas voulu, et son système est facile à saisir : les condamnations antérieures seront comptées ; mais, quel que soit leur nombre, la relégation ne sera jamais encourue en vertu des condamnations antérieures *seules* ; il faudra, sous l'empire de la loi nouvelle une condamnation qui complète le cas de relégation prévu par la loi ; quels que soient ses antécédents, le condamné ne sera jamais relégué que *s'il encourt une condamnation nouvelle comptant pour la relégation, dans les conditions ci-dessus prescrites*. Si la relégation ne peut être prononcée qu'en vertu d'une condamnation nouvelle comptant pour la relégation, et si, d'autre part, les condamnations ne comptent pour la relégation qu'autant qu'elles se groupent dans un délai de 10 ans, il est textuellement démontré que

le point de départ de la période de dix ans dans le passé est la condamnation nouvelle.

Nous disons que le point de départ de la période de dix ans est la *condamnation nouvelle*; mais nous voici en présence d'une grosse difficulté, et deux autres solutions ont été proposées. La Cour de cassation veut qu'on se place, non au jour de la condamnation, mais au jour du délit (Cass. 11 mars et 28 mai 1886 ; S. 85. 1. 329, et la note ; — 10 juill. 1886, 2 arrêts ; S. 86. 1. 393). Un troisième système place le point de départ seulement au jour où la condamnation est devenue définitive (M. Garçon, *Loi des récidivistes*, nos 6 et 7 ; M. Laborde, *Journal La Loi* du 22 mai 1886).

Le système de la Cour de cassation paraît, en législation, irréprochable : pour apprécier si le condamné est incorrigible, c'est à la date de la dernière infraction qu'il faut se placer, car c'est par elle qu'il donne la preuve de son incorrigibilité. Malheureusement, il est bien difficile d'admettre que ce système soit celui de la loi ; il est bien difficile d'admettre qu'on doive prendre en considération deux dates différentes : la date du délit à la fin de la période, et la date de la condamnation au commencement. Les divers éléments qui engendrent la relégation sont compris dans une seule et même formule : « Seront relégués..... ceux qui, dans un intervalle de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, *auront encouru les condamnations énumérées à l'un des paragraphes suivants* ». Or, si l'on reconnaît (et il le faut bien ; cela résulte à n'en pas douter du texte de l'art. 4 combiné avec celui des art. 9 et 10), que c'est à la date de la condamnation qu'il faut se placer pour les condamnations antérieures, il nous paraît certain que c'est également la date de la condamnation dernière qui doit être prise en considération : les mots « *ceux qui auront encouru les condamnations suivantes* » ne peuvent pas être pris dans deux sens différents ! Certes, il peut paraître regrettable que l'application de la relégation dépende de la célérité ou des lenteurs de la poursuite, et le système de la Cour de cassation semble plus rationnel ; mais nous ne croyons pas qu'il soit celui de la loi.

Mais ne faut-il point, avec le 3e système, mettre le point de départ au jour où la condamnation est devenue définitive? Nous ne le pensons pas. Ce système peut conduire à des conséquences inadmissibles : qu'un individu soit condamné à la relégation par un jugement qui se place aux derniers jours des 10 ans, et il dépendra de lui de se soustraire à l'application de la relégation, soit en portant l'appel, soit même, si le temps n'a pas suffisamment traîné en longueur, en formant un pourvoi en cassation; et la relégation devrait être retranchée si les dix ans sont expirés avant le jugement de l'appel ou du pourvoi, par cela seul que le condamné aurait exercé un recours sans fondement ! Il faut voir l'esprit de la loi. Nous avons établi déjà que le terme doit être pris de la même manière au début et à la fin de la période décennale. Or, il nous semble résulter du texte de l'art. 10 et de l'ensemble des dispositions de la loi, que, relativement aux condamnations antérieures, le législateur a entendu s'attacher

uniquement à la date de ces condamnations, aux dates données par le casier judiciaire. Nous en concluons que c'est aussi à la date de la dernière condamnation qu'il faut placer le point de départ des dix années. En résumé, comme on l'a très bien dit, pour apprécier si un individu est ou non passible de la relégation, il faut se placer au jour de la condamnation qui va être prononcée contre lui, et, son casier judiciaire à la main, remonter jusqu'à ce qu'on ait compté dix années, en ne tenant pas compte du temps passé en prison.

Ce délai de dix ans n'est pas, comme cela a été dit dans les travaux préparatoires et comme l'a dit aussi la Cour de cassation, une *prescription*; c'est un délai préfix dans lequel il a plu au législateur de se placer pour apprécier si le condamné est ou non incorrigible. Si c'était une prescription, elle ne pourrait évidemment consister qu'en un délai de dix ans écoulé *sans condamnation nouvelle*; car la prescription serait manifestement interrompue par toute condamnation nouvelle; et il suffit de lire attentivement le texte de l'art. 4 pour reconnaître que tel n'est pas le système de la loi : on peut très bien supposer un casier judiciaire dans lequel ne se trouve pas une période décennale sans condamnation et qui cependant n'entraînera pas la relégation, parce qu'on ne rencontrera pas dans la dernière période décennale le nombre de condamnations exigé par la loi.

§ II.

Quelles condamnations entraînent la relégation d'une manière générale ?

Il faut tout d'abord rappeler le texte de l'art. 4, qui détermine 4 cas distincts de relégation :

1° Deux condamnations aux travaux forcés ou à la réclusion, sans qu'il soit dérogé aux dispositions des §§ 1 et 2 de l'art. 6 de la loi du 30 mai 1854. (D'après ce dernier texte, les condamnés à moins de huit ans de travaux forcés doivent, après l'expiration de leur peine, résider dans la colonie pendant un temps égal à la durée de cette peine ; si la peine est de huit ans ou plus, ils doivent y résider toute leur vie) ;

2° Une des condamnations énoncées au paragraphe précédent et deux condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour : vol ; escroquerie ; abus de confiance ; outrage public à la pudeur ; excitation habituelle des mineurs à la débauche ; vagabondage ou mendicité par application des articles 277 et 279 C. pén. (Ces articles punissent le vagabondage et la mendicité avec les circonstances aggravantes de port d'armes ou d'instruments propres à commettre des vols ou des effractions, et de violences exercées envers les personnes).

3° Quatre condamnations, soit à l'emprisonnement pour faits qualifiés crimes, soit à plus de trois mois d'emprisonnement pour les délits spécifiés au § 2 ci-dessus ;

4° Sept condamnations, dont deux au moins prévues par les paragraphes précédents, et les autres, soit pour vagabondage, soit pour infraction

à l'interdiction de résidence signifiée par application de l'art. 19 de la présente loi, à la condition que deux de ces autres condamnations soient à plus de trois mois d'emprisonnement.

Le § 1er n'offre pas de difficulté. Observons seulement (et cette observation peut également s'appliquer au § 2), que la relégation, ne devant recevoir son application qu'à l'expiration de la peine principale, ne peut être prononcée comme accessoire d'une peine principale perpétuelle, telle que les travaux forcés à perpétuité (Cass. 26 juin 1885 ; S. 86. 1. 396). C'est la décision que donnait déjà la jurisprudence relativement à la surveillance de la haute police (V. *supra*, p. 194). Il est vrai que le condamné peut être l'objet d'une grâce ou d'une commutation de peine ; mais, dit la Cour de cassation, « les magistrats ne peuvent, sans excès de pouvoir, régler par avance l'éventualité, qu'il ne leur appartient pas de prévoir, d'une remise ou d'une réduction de peine, qui appartient uniquement à l'initiative du chef de l'Etat ». Il nous faut constater, en passant, une lacune dans la loi. L'art. 46 C. pén. décidait, relativement à la surveillance de la haute police, que les condamnés à une peine perpétuelle seraient de plein droit soumis à la surveillance en cas de commutation ou de remise de peine ; mais on ne trouve aucune disposition semblable dans la loi du 27 mai 1885.

Le § 2 spécifie un certain nombre de délits, à raison desquels la condamnation est comptée pour la relégation lorsqu'elle porte *plus de trois mois d'emprisonnement*.

Il va de soi que les condamnations pour tentative ou pour complicité d'un de ces délits compteront pour la relégation tout comme les condamnations pour le délit lui-même : cela résulte manifestement des art. 2 et 59 C. pén. (Montpellier, 4 février 1886 ; S. 86.2.73 ; — Paris, 4 mars 1886 ; S. 86.2.141).

Mais on ne saurait, sous prétexte d'analogie, prononcer la relégation en vertu de condamnations pour délits non prévus par le § 2 de l'art. 4. C'est pourquoi la Cour de cassation a très justement décidé que le délit de filouterie d'aliments, prévu par le paragraphe additionnel ajouté à l'art. 401 C. pén., n'est pas de nature à compter pour la relégation (Cass., 5 juin et 9 juill. 1886 ; S. 86.1.395) : « Attendu que ce délit ne figure pas parmi ceux qui sont limitativement énumérés par le § 2 de l'art. 4 de la loi sus-visée ; que la loi du 26 juillet 1873 n'a rendu l'art. 401 C. pén. applicable au fait de se faire servir des consommations qu'on se sait dans l'impossibilité de payer, que parce que cette fraude, ne réalisant ni les conditions du vol, ni celles de l'escroquerie, ni celles de l'abus de confiance, échappait à toute répression ; que, par suite, en en faisant état pour prononcer contre le demandeur la relégation, la Cour a violé les dispositions sus-rappelées..... » — Mais toute condamnation rentrant dans les termes du § 2 de l'art. 4 doit être comptée. C'est ainsi que les tribunaux n'ont pas hésité à compter en vue de la relégation les condamnations pour vol de récoltes (Montpellier, 2 avril 1886, *Marchant*).

Le § 4 de l'art. 4 soulève des difficultés particulièrement graves. Il sou-

met à la relégation celui qui, dans une période de dix ans, non compris la durée de toute peine subie, a encouru « sept condamnations, dont deux *au moins* prévues par les paragraphes précédents, et *les autres*, soit pour vagabondage, soit pour infraction à l'interdiction de résidence signifiée par application de l'art. 19 de la présente loi, à la condition que *deux de ces autres condamnations* soient à plus de trois mois d'emprisonnement.

Il suit delà manifestement que deux ou trois condamnations pour vol ou ou autre délit spécifié, et cinq ou quatre condamnations pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence, dont deux à plus de trois mois d'emprisonnement, entraîneront la relégation. Mais il semble bien en résulter aussi qu'il faut *au moins* quatre condamnations pour vagabondage ou infraction à l'interdiction de résidence, dont deux à plus de trois mois d'emprisonnement. La Cour de Casssation n'admet pas cette interprétation, qu'elle appelle *judaïque* ; elle décide que l'on peut remplacer des condamnations pour vagabondage ou interdiction de résidence par des condamnations pour vol ou autre délit spécifié par le § 4 de l'art. 4 (Cass., 13 mars 1886 ; S. 86. 1. 333, et la note ; — 25 juin 1886 ; S. 86. 1. 392. — Comp. en sens contraire, Bourges, 21 janv. 1886 : S. 86. 2. 73, et la note). La Cour suprême dit « qu'en énonçant dans le § 4 que les condamnations pour des faits énumérés par les paragraphes précédents doivent être de deux *au moins*, la loi a eu pour but de spécifier un minimum et non d'en limiter le nombre, et que par suite, lorsqu'il atteint un chiffre supérieur, il entraîne *à fortiori* la relégation ». Nous ne critiquons certes pas cette théorie au point de vue législatif : la loi sur la relégation est pleine d'incohérences et de contradictions ! Nous soutenons que ce système n'est pas celui de la loi. Le texte est clair : est-il permis, en matière pénale et contre l'accusé, de corriger le texte en invoquant l'esprit du législateur ? Est-il d'ailleurs bien certain que l'esprit de la loi soit tel que l'affirme la Cour suprême ? (V., à cet égard, l'historique de l'élaboration de la loi : S. *Lois annotées* de 1885, p. 819 et suiv. ; — P. *Lois, Décrets*, etc, de 1885, p. 1363 et suiv.) Pour nous, la vérité est que le législateur n'a pas songé à cette hypothèse, qui naît d'une situation transitoire dont il ne s'est occupé que plus tard, sous l'art. 9. En rédigeant l'art. 4, il n'a pas prévu le concours de 4 condamnations à plus de trois mois pour délit spécifié avec trois condamnations pour vagabondage, par la simple raison que 4 condamnations à plus de trois mois pour délit spécifié entraînaient *par elles seules* la relégation. C'est une lacune ; mais il y en a bien d'autres dans cette loi ; et il n'appartient pas aux juges de la réparer !

La Cour de cassation décide encore que les condamnations pour infraction à l'interdiction de résidence prévues par le § 4 de l'art. 4 peuvent être remplacées par des condamnations pour rupture de ban. (Cass., 15 avril 1886 ; S., 86. 1. 334 et la note ; — 26 juin 1886 ; S., 86. 1. 398. — Comp., en sens contraire, Paris, 3 février 1886 ; S., 86. 2. 73 et la note ; — Orléans, 9 février 1886, rapporté sous Cass., 26 juin ; S., 86. 1. 397).

Nous ne saurions admettre cette solution. Le texte du § 4 de l'art. 4 ne mentionne pas le délit de rupture de ban, et cela nous suffirait ;

car on ne peut pas appliquer une peine par analogie. Cette analogie d'ailleurs existe-t-elle ? La Cour suprême dit que « ces deux peines (la surveillance de la haute police et l'interdiction de résidence prononcée par l'art. 19 de la loi du 27 mai 1885) ne diffèrent que par le mode de désignation des lieux où il est interdit au condamné de paraître ; qu'elles sont prononcées pour les mêmes causes, dans les mêmes conditions, pour la même durée et sous la même sanction ; qu'il est donc inadmissible que le législateur, en déclarant que l'infraction à l'interdiction de séjour comptait pour la relégation, n'ait pas entendu comprendre dans cette expression l'infraction au ban de surveillance. » — Comment ! les deux peines ne diffèrent que par la désignation des lieux où il est interdit au condamné de résider ? Que signifie alors cette disposition de l'art. 19 : « *Toutes les autres obligations et formalités imposées par l'art. 44 C. pén. sont supprimées à partir de la promulgation de la présente loi ?* » Est-ce qu'il ne suffit pas de lire l'article 44 C. pén. pour reconnaître qu'il imposait au condamné des formalités et des prohibitions infiniment plus étendues que l'interdiction de résidence de la loi nouvelle ? Donc, les occasions du délit, les causes de rupture de ban étaient infiniment plus nombreuses que la cause *unique* d'infraction à l'interdiction de résidence, qui consiste à paraître dans les lieux dont la résidence est interdite au condamné. Et la Cour suprême veut qu'on compte pour la relégation une condamnation prononcée comme sanction de mesures de police que le législateur de 1885 a abolies comme tracassières et excessives ! (S., *Lois annotées*, de 1885, p. 836, n° 50 ; P., *Lois, Décrets*, de 1885, p. 1392, n° 50). Et elle admet sans difficulté que ce législateur, tout en supprimant la surveillance de la haute police, a entendu compter pour la relégation les condamnations pour rupture de ban, c'est-à-dire comme sanction d'une pénalité réputée mauvaise, et dont « les conséquences funestes, maintes fois et depuis longtemps signalées, appelaient certainement une réforme ! » Nous ne saurions croire que cette jurisprudence soit définitive.

Une des plus difficiles questions que fait naître le texte de l'art. 4 est soulevée par l'application à cette situation du principe du non-cumul des peines écrit dans l'art. 365 C. instr. crim. La question peut se poser de plusieurs manières, soit par la réunion d'un des délits prévus par la loi du 27 mai 1885 et d'un autre délit non compté pour la relégation, par exemple d'un vol et d'un délit d'outrage et de rébellion ; soit par la réunion de deux délits prévus par l'art. 4, mais rentrant dans des cas différents de relégation, par exemple d'un vol et d'un délit de vagabondage. La difficulté vient de ce qu'on ne sait pas, lorsqu'une seule condamnation est prononcée pour deux délits, dont l'un emporte et l'autre n'emporte pas la relégation, quelle est dans la peine la part afférente au délit emportant relégation. Cette raison même va nous servir à écarter tout d'abord les cas suivants, dans lesquels elle ne se présente pas, et dans lesquels, par conséquent, nous ne voyons pas de difficulté sérieuse :

1er *Cas* : Lorsque les deux délits sont punis par deux jugements diffé-

rents, le second ordonnant la confusion des peines, la peine afférente au délit spécifié par la loi de 1885 sera connue, et elle entraînera la relégation seulement si elle rentre dans les conditions de l'art. 4.

2° *Cas* : Lors même que les deux délits sont punis d'une seule peine, le juge pourra expressément indiquer la pénalité afférente au délit compté pour la relégation, et, lors même qu'il ne le dirait pas, on peut admettre qu'il a entendu appliquer à ce délit une peine rentrant dans les conditions de l'art. 4 par cela seul qu'il prononce la relégation.

3° *Cas* : Lorsque la peine appliquée à raison des deux délits excède de plus de trois mois le maximum applicable au délit n'entraînant pas relégation, il sera encore certain que la pénalité applicable au délit spécifié par l'art. 4 satisfait à la condition requise, c'est-à-dire qu'elle est supérieure à trois mois. Soit une condamnation à deux ans de prison pour vol et vagabondage simple : comme le vagabondage simple n'est puni que de six mois d'emprisonnement au maximum (art. 271 C. P.), nous savons bien que la peine afférente au vol est supérieure à trois mois.

4° *Cas* : Lorsque l'un des délits réprimés par une seule pénalité sera de ceux pour lesquels aucune condition de durée n'est exigée par l'art. 4 de la loi de 1885, la condamnation comptera pour la relégation par cela seul que le délit aura été déclaré constant. Supposons un casier judiciaire auquel manque pour entraîner la relégation une seule condamnation pour vagabondage, sans condition de durée : survient une condamnation à *deux* mois d'emprisonnement pour vol et vagabondage ; la relégation est-elle applicable ? On a dit : non ; c'est la peine du vol seule qui est appliquée ; le vagabondage n'est que constaté ; car, aux termes de l'art. 365 Instr. crim., *la peine la plus forte sera seule prononcée.* — Nous croyons que c'est mal entendre le principe du non-cumul, qui veut dire seulement que la condamnation ne dépassera pas la peine la plus forte. Si le prévenu n'avait été condamné qu'à huit jours de prison pour vagabondage, il serait relégué ; et, parce qu'il a, *de plus*, commis un vol, il ne le serait pas ! C'est inadmissible ! Il est condamné pour vagabondage, bien que la peine soit absorbée dans une autre plus forte, et cela suffit.

L'hypothèse vraiment délicate est celle où une seule condamnation est prononcée à raison de deux délits, dont un seul est compté pour la relégation et à la condition que la peine soit supérieure à trois mois, et où d'ailleurs la condamnation prononcée n'excède pas de plus de trois mois le maximum applicable au délit qui ne compte pas. Dans une des nombreuses espèces qui se sont déjà présentées, le casier judiciaire portait deux condamnations à plus de trois mois pour vol, trois pour vagabondage à moins de trois mois, et deux autres à plus de trois mois, mais pour vagabondage et tenue de loterie non autorisée (art. 410 C. P.) : la relégation était-elle applicable ? La difficulté vient de ce qu'on ne sait pas si la peine afférente au vagabondage est supérieure à trois mois d'emprisonnement, condition exigée par le § 4 de l'art. 4 de la loi de 1885. La Cour de cassation juge que la relégation est applicable ; elle dit que « si, d'après l'art. 365 C. instr. crim., la peine la peine la plus forte doit seule être

prononcée en cas de conviction de plusieurs délits, il n'en est pas moins vrai que la condamnation a un caractère indivisible et s'attache à chacun des délits dont l'inculpé a été convaincu et déclaré coupable ». (Cass., 27 mai 1886 ; S. 86. 1. 335 et la note ; P. 86. 1. 784 ; — 10, 25 et 26 juin, 1er juill. 1886 ; S. 86. 1. 397, 398. — Comp. note sous différents arrêts de cours d'appel : S. 86. 2. 73 ; P. 86. 1. 434). Nous comprenons qu'on ne veuille pas admettre que, « lorsqu'un récidiviste est condamné par le même jugement pour deux délits dont un seul compte en vue de la relégation, il puisse, si le délit concomitant est le plus grave, échapper à l'application de la loi de 1885, et bénéficier d'une atténuation de peine résultant d'une plus grande culpabilité ». Il est certain que, si on adopte le système contraire, on arrive aux conséquences les plus choquantes. Le vagabond de profession aurait des chances sérieuses d'échapper à la relégation en résistant avec violence et voies de fait à l'autorité (art. 212 C. P.), ou en outrageant ses juges à l'audience (art. 222 C. P.) ; car ces délits, dont la pénalité absorberait celle du vagabondage, ne comptent pas pour la relégation. C'est inadmissible ! Mais il faut bien reconnaître, d'autre part, que les lacunes de la loi de 1885 réduiront parfois les juges aux plus cruelles perplexités. Supposons qu'il faille, pour compléter le nombre des condamnations entraînant la relégation, une condamnation *à plus de trois mois* pour vagabondage, et que le prévenu soit condamné *à trois mois et un jour* pour vagabondage et rébellion avec armes (art. 212 C. P.). Pour appliquer la relégation, il faudra admettre que la peine s'applique *pour le tout* au vagabondage et que le délit de rébellion, *le plus grave*, n'est entré pour rien dans l'application de cette peine ! La seule conclusion à tirer de semblables difficultés, c'est que la loi est à refaire !

L'art. 4, avons-nous dit, prévoit quatre cas distincts de relégation, exigeant tantôt deux, tantôt trois, tantôt quatre, et tantôt sept condamnations. On s'est demandé s'il fallait faire entrer en ligne de compte, pour la supputation du nombre des condamnations devant entraîner la relégation, la condamnation même qui vient d'être prononcée par le jugement qui ordonne ensuite la relégation. L'affirmative est évidente ; et c'est ce qu'a décidé la Cour de cassation (Cass., 26 mars 1886 ; S. 86.1.332). On alléguait, en sens contraire, le texte de l'art. 10, qui ordonne de « viser expressément les condamnations *antérieures* par suite desquelles la relégation sera applicable. » — Mais cela veut dire simplement que, une seule condamnation ne suffisant pas, la condamnation qui prononce la relégation aura dû être précédée de condamnations antérieures et que le jugement devra viser expressément ces condamnations. — On disait encore que la condamnation prononcée par le même jugement n'est pas définitive, et qu'une condamnation qui n'est pas passée en force de chose jugée ne peut pas servir de base à la relégation pas plus qu'à la récidive. — Mais les principes de la récidive ne sont pas applicables ici, nous l'avons déjà remarqué, et les travaux préparatoires en font foi. De deux choses l'une : ou le jugement de condamnation sera infirmé, et la peine accessoire tombera avec la peine princi-

pale ; ou il sera confirmé, et la relégation ne sera appliquée qu'à un individu ayant encouru le nombre de condamnations définitives exigé par la loi. Le texte de l'art. 4 nous paraît d'ailleurs trancher la question ; car il déclare relégables, selon les cas, ceux qui ont encouru soit deux, soit trois, soit quatre, soit sept condamnations ; et, si le système contraire était vrai, il faudrait ajouter, dans tous les cas, une condamnation de plus.

§ III.

Dans quels cas la relégation est-elle encourue en vertu de condamnations antérieures ?

Rappelons les termes de l'art. 9 : « Les condamnations encourues antérieurement à la promulgation de la présente loi seront comptées en vue de la relégation, conformément aux précédentes dispositions. Néanmoins, tout individu qui aura encouru avant cette époque des condamnations pouvant entraîner dès maintenant la relégation, n'y sera soumis *qu'en cas de condamnation nouvelle dans les conditions ci-dessus prescrites.* »

Cette disposition soulève deux questions principales : A quel moment doit se produire cette condamnation nouvelle ? — De quelle nature doit-elle être ?

La première question est essentiellement transitoire. Nous nous bornerons à dire, avec la Cour de cassation, que cette condamnation nouvelle doit avoir été prononcée pour un fait commis après que la loi est devenue exécutoire par la promulgation du décret d'administration publique du 26 novembre 1885 : c'est l'application de l'article 4 du Code pénal (Cass., 24 décembre 1885 ; S. 86. 1. 393 ; — 25 février 1886 ; S. 86. 1. 328).

Mais de quelle nature doit être cette condamnation nouvelle ? Un premier point est hors de doute. Il ne suffit pas d'une condamnation nouvelle *quelconque* pour que la relégation soit appliquée à l'individu qui avait subi déjà, avant la promulgation de la loi, le nombre de condamnations exigé par l'art. 4 ; car l'art. 9 porte que cet individu n'y sera soumis qu'en cas de condamnation nouvelle *dans les conditions ci-dessus prescrites* ; et voici le commentaire de ce texte dans le rapport de M. de Verninac, au Sénat : « Étant donné le caractère d'urgence de la loi actuelle, il ne semblait pas possible d'attendre, pour l'appliquer, que les récidivistes qu'elle vise eussent commis, après sa promulgation, le nombre d'infractions requis pour la relégation. Les condamnations antérieurement encourues compteront pour l'application de cette peine. Toutefois, elle ne sera prononcée que contre ceux qui, postérieurement à la promulgation de la loi, *seront frappés d'une des condamnations visées par l'art. 4.* » — Donc, une condamnation soit pour un délit non spécifié à l'art. 4, soit pour un délit spécifié, mais qui ne remplirait pas la condition de durée prescrite par cet article, serait sans influence au point de vue de la relégation.

Mais suffit-il, dans tous les cas, que la condamnation nouvelle soit une de celles visées par l'art. 4 ? Voici un individu qui a encouru, avant la

promulgation de la loi, quatre condamnations à plus de trois mois d'emprisonnement pour vol; il subit une condamnation nouvelle pour vagabondage simple à un mois d'emprisonnement: doit-il être relégué ? Des cours d'appel ont répondu affirmativement. Nous avons combattu cette théorie, qui méconnait le véritable sens de la loi sur la relégation (V. Bourges, 21 janvier 1886; — Montpellier, 25 février 1886, et les notes sous ces arrêts; S., 86. 2. 73. — Comp., Caen, 11 février 1886; *ibid*). L'art. 4 de la loi du 27 mai 1885 prévoit quatre cas distincts de relégation, énumère quatre groupes de condamnations dont chaque groupe constitue un cas spécial de relégation. Ceci posé, voyons l'esprit et le texte de l'art. 9. L'esprit semble bien être celui-ci: les condamnations antérieures à la promulgation de la loi compteront; mais si on reléguait ceux qui ont subi, avant la loi, le nombre de condamnations qui entraine la relégation, le principe essentiel de la non-rétroactivité des lois pénales serait violé. Donc, on n'appliquera la relégation qu'a ceux qui encourront une condamnation nouvelle: quelle ? évidemment une condamnation susceptible d'entraîner la relégation dans le cas dans lequel se trouve le condamné; on considère le groupe de condamnations précédemment encourues comme manquant d'une unité. Et c'est bien ce qui résulte du texte: en cas de condamnation nouvelle *dans les conditions ci-dessus prescrites*; le législateur a évidemment entendu par là se référer à l'ensemble des prescriptions de l'art. 4, qui distingue certaines catégories de récidivistes et détermine, suivant que le prévenu se trouve dans telle ou telle catégorie, la nature et le nombre des condamnations qu'il doit avoir subies pour encourir la relégation. C'est en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation (Cass., 13 mars 1886; S. 86. 1. 332).

§ IV

Quelle est la procédure à suivre en matière de relégation, et de quelle manière les jugements et arrêts doivent-ils être rédigés ?

L'art. 11 de la loi du 27 mai 1885 porte: « Lorsqu'une poursuite devant un tribunal correctionnel sera de nature à entraîner l'application de la relégation, il ne pourra jamais être procédé dans les formes édictées par la loi du 20 mai 1863 sur les flagrants délits. — Un défenseur sera nommé d'office au prévenu, à peine de nullité. »

Il est certain d'abord que les deux dispositions de ce texte sont substantielles; il n'y a qu'à se reporter aux travaux préparatoires pour reconnaître qu'elles ont été jugées nécessaires l'une et l'autre dans l'intérêt de la défense; et, par conséquent, l'inobservation de l'une comme de l'autre entraîne nullité. Mais dans quelle mesure cette nullité doit-elle être prononcée, et quelles en sont les conséquences ?

Incontestablement, le jugement et la procédure suivie devant le tribunal contrairement aux prescriptions de l'art. 11 doivent être frappés de nullité. Mais les cours d'appel étaient d'abord divisées sur le point de savoir si la nullité devait frapper l'acte qui avait saisi le tribunal et le mandat de dépôt délivré par le procureur de la République. La Cour suprême a

décidé, avec raison selon nous, que la violation de l'art. 11 « entraîne la nullité de toute la procédure qui a été suivie devant le tribunal correctionnel dans les formes prohibées par ledit article, spécialement celle du mandat de dépôt délivré par le procureur de la République, en vertu de l'article 1er de la loi du 20 mai 1863. » (Cass., 2, 23 et 29 juillet 1886; S. 86. 1. 399). En effet, l'art. 11 est absolu, il proscrit sans distinction toutes les formes édictées par la loi du 20 mai 1863, et le mandat de dépôt délivré par le procureur de la République en vertu de l'art. 1er de cette loi rentre évidemment dans les formes proscrites.

Quelles sont les conséquences de cette nullité ? La nullité du mandat de dépôt a pour effet de remettre le prévenu au même état où il était avant son arrestation. Certaines cours d'appel s'étaient cru autorisées en pareil cas à décerner un nouveau mandat de dépôt en vertu de l'art. 214 C. instr. crim. La Cour régulatrice a réprouvé ce système ; elle a dit « que le droit attribué aux Cours d'appel par l'art. 214 C. instr. crim. ne peut être exercé par elles qu'au cas où le jugement est annulé parce que le fait est de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, et qu'il ne saurait être étendu par voie d'analogie au cas où l'annulation est prononcée à raison de la violation de l'art. 11 de la loi du 27 mai 1885 » (arrêt du 2 juill. 1886; S. 86. 1. 399). La conséquence est donc l'élargissement du prévenu.

L'art. 11 proscrit les formes de la procédure des flagrants délits ; mais il ne proscrit pas la voie de la citation directe, et rien dans le texte de la loi n'indique la nécessité légale d'une information préalable en pareille matière. Nous ne disons pas que l'instruction préparatoire ne soit généralement préférable quand la procédure doit aboutir à la relégation, et c'est sans doute la voie qui sera suivie en pratique ; mais il importait de constater qu'elle n'est pas prescrite à peine de nullité. C'est d'ailleurs ce qui résulte de la jurisprudence de la Cour suprême sur la question suivante.

La question la plus délicate est celle de savoir si la cour d'appel, qui annule la procédure de flagrant délit irrégulièrement suivie, doit évoquer l'affaire et statuer au fond, en vertu de l'article 215 C. instr. crim. Là encore, les cours d'appel étaient divisées. La Cour suprême a tranché la question affirmativement; elle a dit « qu'aux termes de l'art. 215 C. instr. crim., les cours d'appel, lorsqu'elles annulent un jugement correctionnel pour violation ou omission des formes prescrites par la loi à peine de nullité, doivent évoquer ou retenir le fond et prononcer sur le litige; que cette disposition est générale et absolue, et qu'il n'y a été aucunement dérogé par la loi du 27 mai 1885. » (arrêts précités des 2 et 29 juill. 1886). Cette solution n'est pas sans soulever de graves objections; elle prive le condamné de la garantie d'un double degré de juridiction, et l'on se demande si elle n'est pas tout-à-fait contraire à l'esprit qui a dicté l'art. 11 de la loi du 27 mai 1885. Mais le législateur n'a rien dit, et il était difficile d'échapper au texte de l'art. 215. C'est encore une des lacunes de cette loi.

Il importe de noter encore une prescription spéciale de la loi du 27 mai 1885 relativement à la rédaction des jugements ou arrêts. L'art. 10 porte : « Le jugement ou l'arrêt prononcera la relégation en même temps que la peine principale ; il visera expressément les condamnations antérieures par suite desquelles elle sera applicable. » — Cet article n'indique pas de sanction ; mais la Cour suprême a décidé, par ses arrêts des 18, 25 mars, 28 mai 1886 (S. 86. 1. 329), que « l'indication prescrite par l'art. 10 est substantielle aux droits de la défense et qu'elle est nécessaire pour permettre à la Cour de cassation de vérifier si la loi a été exactement appliquée » ; et que « les jugements et arrêts doivent viser, en les précisant une à une par leurs dates, l'indication de la juridiction qui a statué, la nature du délit et la durée de la peine, les condamnations antérieures qui justifient la relégation ». La Cour suprême déclare annulables les jugements et arrêts qui ne contiennent pas ces mentions substantielles, à la fois pour violation de l'art. 10 de la loi du 27 mai 1885, et de l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810. Cette jurisprudence nous paraît fondée. Ajoutons que, au point de vue de la preuve des condamnations, l'extrait du casier n° 2 a besoin d'être confirmé par l'aveu du condamné ; car le moyen de preuve normal et régulier serait, comme en matière de récidive, un extrait en forme des jugements ou arrêts de condamnation. (V. Cass., 21 sept. 1882 ; S. 84. 1. 170 ; P. 84. 1. 396, et le rapport de M. le conseiller Tanon).

Nous avons exposé brièvement les principales difficultés soulevées par la loi du 27 mai 1885 sur la relégation des récidivistes. Nous n'avons pas eu la prétention de les épuiser. Cette loi est pleine de lacunes et de contradictions ; mais il n'appartient pas au juge de corriger l'œuvre du législateur.

CHAPITRE VIII.

DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES.

(*Commentaire des art.* 9, 10, 11, 51 52, 53, 54 *et* 55 *du Code pénal.*)

124. Énumération des condamnations pécuniaires.

§ 1er. — *De l'amende.*

125. De l'amende. Caractère de cette peine.
126. Des amendes arbitraires.
127. Système du Code (art. 9 et 10) sur les peines pécuniaires.
128. Appréciation de ce système. Taux des amendes. De leur conversion en emprisonnement.
129. L'amende est une peine. Conséquences de ce principe.
130 Exceptions dans quelques matières spéciales. Douanes. Contributions indirectes.
131. L'amende est éteinte par le décès du condamné.
132. Application aux amendes de la règle qui prohibe le cumul des peines.
133. L'amende doit être individuelle, c'est-à-dire infligée à chacun des agents.
134. De la solidarité des amendes.
135. Application des amendes dont la loi n'a pas fixé la quotité.

§ II. — *De la confiscation spéciale.*

136. Caractère de la confiscation spéciale (art. 11, C. pén.).
137. A quels objets elle peut être appliquée.

§ III. — *Des dommages-intérêts.*

138. Du droit à des dommages-intérêts (art. 51, C. pén).
139. Distinction des restitutions et des dommages-intérêts.
140. Règles relatives à leur application. Conditions du droit de réclamer des dommages-intérêts.

§ IV. — *Des frais.*

141. Du principe de la condamnation aux frais (art. 52, C. pén.).
142. Examen de ce principe et de la théorie du Code sur cette matière.
143. Limites de la responsabilité des frais. S'il est dû une indemnité aux prévenus ou accusés acquittés.

144. De la condition des parties civiles.
145. Examen des textes du Code modifiés par la loi du 28 avril 1832.
146. Distinction des matières correctionnelles et de police, et des matières criminelles. Décret du 18 juin 1811.
147. Dans quels cas un accusé est-il réputé avoir succombé ?
148. Le mineur, acquitté pour non-discernement, est-il tenu des frais ?
148. Le prévenu de délit, condamné pour contravention, est-il tenu des frais ?
150. Qui doit supporter la charge des frais en cause d'appel ?
151. De la charge des frais dans les cas de défaut et de contumace.
152. Dans quel cas la partie civile est tenue des frais.
153. Quels sont les frais mis à la charge des condamnés et des parties civiles ?
154. De la solidarité des frais. Application de cette règle.

---

124. Les condamnations pécuniaires comprennent l'*amende*, *la confiscation spéciale*, *les restitutions civiles et les frais*. Nous allons successivement parcourir les règles différentes qui s'appliquent à chacune de ces matières.

§ Ier. — *De l'Amende.*

125. En France, cette peine paraît avoir pris son origine moins dans les lois romaines que dans les anciennes compositions des Francs et des Germains. Ces compositions, communes aux peuples barbares, et qu'on retrouve avec étonnement, de notre temps, dans les lois d'une nation civilisée, celle de la Chine [1], rachetaient à prix d'argent les crimes les plus graves, qui étaient ainsi *amendables* à volonté ; mais cet argent n'était pas entièrement pour l'offensé ; une partie appartenait au roi ou au leude sur les terres duquel se rendait la justice [2]. Or, quand les compositions furent abolies [3], cette portion, à laquelle le nom d'*amende* resta, fut maintenue,

1. Ta-tsing-leu-lée, ou Code pénal de la Chine, traduit du chinois par Stanton, 1812, t. I, p. 11.

2. V. Loiseau, Traité des offices, l. I, ch. 14, n. 86 et suiv.

3. On en voit encore des vestiges au XIVe siècle. V. ord. 3 mars 1356.

« principalement, dit Muyart de Vouglans, pour indemniser le roi et les seigneurs des frais qu'ils sont obligés de faire pour la poursuite des criminels [1]. «

L'amende, graduée dans une juste proportion, a des effets utiles, et convient parfaitement à une certaine classe de délits. Elle est ***divisible*** presque à l'infini : elle descend jusqu'aux degrés les plus infimes de l'échelle pénale, et peut se trouver en rapport avec les délits les plus légers. Elle est ***réparable*** : il ne s'agit que d'en effectuer le remboursement. Enfin, « il n'est point de peine, dit Bentham, qu'on puisse asseoir avec plus d'***égalité***, ni mieux proportionner à la fortune des délinquants [2]. » En effet, tout le mal produit par cette peine se réduit à une simple privation, à la perte de telle somme. Or, privez deux délinquants du dixiéme, du vingtième de leur fortune respective ; que l'amende consiste, non dans la même somme nominale, mais dans une somme également proportionnelle à leurs ressources, la privation sera la même, l'égalité de la peine sera complète.

126. Mais, dans cette matière surtout, il y a loin de la théorie à l'application : cette égalité relative des amendes est l'un des problèmes les plus difficiles de la législation pénale. Tous les Codes ont eu pour but de le résoudre ; mais leurs dispositions sont insuffisantes, soit parce qu'elles sont trop vagues, soit parce qu'elles laissent trop de part à l'arbitraire.

Le droit ancien posait des règles pleines d'humanité : les amendes excessives étaient nulles de plein droit : *mulcta immoderata et excessiva ipso jure nulla est* [3]. Le juge pouvait en diminuer le taux, et même en faire la remise : *judex mulctam vel minuere, vel etiam remittere valet* [4]. Les pauvres en étaient exempts : *potest remitti ex causâ paupertatis* [5] ; et, dans ce dernier cas, la peine pécuniaire ne pouvait être con-

1. Lois crim., p. 84.
2. Théorie des peines, p. 340.
3. Farinacius, De delictis et pœnis, quæst. 18, n. 29.
4. *Ibid.*, n. 53.
5. Farinacius, De delictis et pœnis, quœst. 18.

vertie en peine corporelle[1]. Enfin cette peine n'emportait jamais d'infamie par elle-même[2].

Cette dernière règle n'était point absolue : dans notre ancienne législation, les amendes étaient infamantes toutes les fois qu'elles étaient prononcées sur une procédure extraordinaire[3]. Du reste, presque toujours accessoires à d'autres peines, les amendes étaient en général ou *fixes* ou *arbitraires* : dans ce dernier cas, le juge pouvait en mesurer la quotité suivant les circonstances, la nature du crime, et, comme l'ajoute Jousse[4], *suivant la qualité de l'accusé*.

Cet abandon des amendes à l'arbitrage du juge se retrouve dans plusieurs législations modernes. Le Code pénal d'Autriche reproduit souvent cette simple formule : *amende proportionnée aux moyens du coupable*. La grande charte d'Angleterre (art. 25, 26, 27 et 28) proclame « que la peine pécuniaire doit être proportionnée aux facultés et à la situation du coupable ; qu'elle ne doit jamais être assez forte pour obliger un fermier d'abandonner son champ, un marchand de cesser son trafic, et un laboureur de vendre ses instruments de culture ». Ce principe est le seul qui régisse les amendes dans la législation anglaise : elle s'est abstenue d'en déterminer le taux. Le Code prussien « disposait » que : « si l'amende ne peut être récupérée à cause de l'insolvabilité du condamné, elle sera remplacée par l'emprisonnement. Le juge en déterminera la durée à raison d'un jour d'emprisonnement pour une amende de un à trois thalers » (§ 17). Le même principe est reproduit dans les art. 28 et 29 du Code pénal de l'Allemagne. Le Code pénal belge porte également (art. 40) qu'à défaut de paiement l'amende sera remplacée par un emprisonnement. La loi pénale de Suède contient encore une disposition ana-

1. Farinacius, loc. cit., n. 57, discute cette question et la résout négativement. Tiraqueau adopte cette solution : Propter inopiam solvendi mulctam non fit mutatio ipsius mulctæ in corpus. » (Loc. suprà cit.)

2. Non mulcta, sed causa infamiam irrogat, l. 4, § 4, ff. de his qui not. inf.

3. Ord. de 1670, tit. 25.

4. Just. crim., t. I, p. 63.

logue, § 7. Le législateur du Brésil a adopté un autre système : l'art. 55 de son Code pose un principe général ainsi conçu : « La peine de l'amende obligera les coupables au paiement d'une somme pécuniaire qui sera toujours réglée selon ce que les condamnés peuvent retirer chaque jour du revenu de leurs biens, emplois ou industrie. » Si ce principe pouvait se traduire dans une application fidèle, la question de la mesure des amendes pourrait être considérée comme résolue ; car, avec une telle règle, l'amende cesserait d'être illusoire pour le riche et accablante pour le pauvre : elle pèserait du même poids sur toutes les classes de la société. Et la loi ajoute : « Les condamnés qui n'auront pas les moyens de payer les amendes seront condamnés à l'emprisonnement pour autant de temps que cela sera nécessaire pour en gagner le *quantum.* »

127. Arrivons à notre législation.

Le Code rural du 28 septembre 1791 et le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV avaient pris pour base de l'amende la valeur de la journée de travail. Cette disposition aurait eu quelque analogie avec le Code du Brésil, si le taux de l'amende y avait été calculé sur le prix de la journée de chaque délinquant. Mais la loi n'avait pas été jusque-là : elle s'était bornée à évaluer le taux de la journée de travail dans chaque localité, et ce taux moyen était ensuite doublé, quadruplé, suivant le caractère du délit, et abstraction faite de la fortune du délinquant.

Le Code pénal a changé cette sorte d'unité, base des amendes, sans changer le système de leur pondération. Sa théorie, simple et claire, a été d'établir des amendes uniformes à l'égard de tous les prévenus, et dont le taux fût en proportion avec la gravité des délits. « Le projet, disait l'exposé des motifs du Code, laisse au juge une certaine latitude pour fixer la quotité de l'amende correctionnelle : les circonstances qui atténuent ou qui augmentent un délit ne peuvent être toutes prévues par la loi ; il faut donc accorder au juge le moyen de proportionner l'amende à la faute. » Ainsi la loi gradue cette peine, elle l'élève ou l'abaisse suivant le degré moral de l'infraction, mais non suivant la position sociale du délinquant ;

elle ne fait aucune acception des personnes ; c'est l'application rigoureuse du principe de l'égalité devant la loi ; mais ce principe conduit directement à l'inégalité dans la distribution du châtiment, puisque le riche se joue de la même amende qui va consommer la ruine du pauvre.

On a cherché à pallier ce vice en élargissant les limites dans lesquelles l'amende était circonscrite, en agrandissant les pouvoirs du juge, en effaçant, pour ainsi dire, le *minimum* de cette peine. Mais ce remède n'a point été entièrement efficace, d'abord parce que le *maximum* des amendes est toujours illusoire pour les plus riches, ensuite parce que la loi n'a point fait de la fortune du délinquant une circonstance aggravante ou atténuante de cette peine. D'ailleurs la faculté presque illimitée d'atténuation que l'art. 463 du Code pénal a créée ne s'applique qu'aux amendes prononcées par ce Code, et cependant c'est surtout dans les législations spéciales que cette peine, plus fréquemment employée, devient rigoureuse par le taux élevé auquel on l'a souvent fixée.

Néanmoins le système du Code, incomplet seulement, nous paraît fondé sur une idée saine de pratique. Toute la théorie de la matière se réduit a poser en principe que l'amende doit être proportionnée à la fortune des délinquants. Mais comment arriver à établir cette proportion ? Filangieri [1] et Bentham [2] ont proposé de la fixer en déterminant, non la quotité de la somme, mais la portion de la fortune du prévenu qui lui serait enlevée par la peine : ainsi, tel délit serait puni de la privation du cinquième, du dixième, du vingtième des biens du coupable. Mais ce principe, d'où semble découler une rigoureuse égalité, peut être défectueux dans l'application; car, si vous enlevez le dixième de sa fortune au possesseur d'un million, cette peine ne lui sera point aussi onéreuse qu'à celui dont mille ou dix mille francs composent tout l'avoir. Et puis, il ne faut pas perdre de vue le danger des investigations nécessaires pour constater les revenus ou les biens des délinquants.

1. Liv. 3, p. 2 ; et M. Pastoret, 2e part., ch. 8 et 3e part., ch. 10, § 3.
2. Théorie des peines. p. 340.

128. Il nous paraît donc que la distribution des amendes, proportionnellement à la position sociale des prévenus, ne peut être opérée que par le juge. La loi n'a point de règles assez précises, de distinctions assez multipliées pour tous les cas, pour toutes les circonstances ; elle doit nécessairement se confier à la sagesse des magistrats pour faire la part des temps, des conditions, des ressources pécuniaires. Son principe doit être de leur laisser une grande latitude dans l'application de l'amende, en les avertissant toutefois qu'ils doivent tenir compte non seulement de la gravité de l'infraction, mais aussi des circonstances individuelles où se trouvent les délinquants. Cette idée conduirait à n'établir qu'un *maximum* pour les amendes, en donnant aux juges la faculté de les abaisser indéfiniment [1]. La loi déléguerait au juge le soin d'appliquer le principe de l'égale répartition des amendes, mais elle le guiderait dans cette difficile opération en fixant les éléments de son calcul. Ces éléments sont d'une double nature, et se puisent soit dans le degré de gravité du délit, soit dans la position sociale du délinquant. Notre Code pénal aurait complétement suivi cette voie s'il avait permis au juge de faire entrer ce dernier élément en ligne de compte dans la computation de l'amende. Ce n'eût été, au surplus, qu'appliquer une ancienne maxime rappelée par Tiraqueau : « *Mitius est agendum cum pauperibus quàm cum divitibus, cùm agitur de pœnâ pecuniariâ* [2]. »

Mais s'il suffit, en général, de fixer le *maximum* des amendes, cette fixation présente quelques difficultés. A quelles limites doit-elle s'arrêter ? « Ce *maximum*, a dit M. Charles Lucas, doit être tel, que l'application n'en soit pas illusoire pour les citoyens les plus riches. » Et il est certain, en effet, que l'exacte application du principe de l'égalité cesserait d'avoir lieu, si les fortunes élevées pouvaient se jouer de cette limite. Mais, d'une autre part, on ne doit pas perdre de vue qu'en élargissant le cercle des amendes, on accroît en proportion la mesure de puissance dont le juge est investi.

1. Ch. Lucas, du Système pénal, p. 394.
2. De pœnis temperandis aut remittendis, 137.

M. Livingston a posé en principe, dans l'article 90 du Code de la Louisiane, que l'amende ne peut dans aucun cas excéder la quatrième partie de la fortune du condamné : c'est là le *maximum* de cette peine. Le législateur du Brésil a été moins loin : l'amende, dans son Code, n'atteint que les revenus du délinquant. Cette dernière règle est peut-être plus conforme au principe fondamental de cette matière. L'amende, en effet, rencontre des limites dans sa propre nature ; si elle est exagérée, si elle atteint le capital, ce n'est plus une amende, mais une confiscation partielle. Poser la borne entre l'amende et la confiscation, est, on l'avoue, une tâche difficile. « Il est impossible, a dit M. Rossi [1], de l'exprimer par un chiffre. Elle dépend d'abord de la richesse nationale et de la distribution de cette richesse. Elle dépend ensuite de l'état individuel de l'accusé sous le rapport de la fortune. » Ce publiciste pense, en conséquence, que le législateur doit se contenter d'une limite discrétionnaire, établie par l'évaluation de la moyenne des fortunes. Il suit de là que le *maximum* des amendes serait essentiellement variable, suivant les progrès de la richesse générale de la nation.

Les réflexions qui précèdent, au surplus, ne doivent point s'appliquer aux faibles amendes que la loi inflige aux simples contraventions. À l'égard de ces infractions, l'amende est moins une peine qu'un avertissement : son but est d'éveiller l'attention des citoyens sur la nécessité de se conformer avec exactitude aux règles de police. L'amende peut donc rester légère, même en atteignant les citoyens les plus riches ; il suffit qu'elle les ait avertis de l'infraction qu'ils ont commise ; sa mission est remplie.

Mais l'amende peut tomber sur des délinquants insolvables : glissera-t-elle sur eux sans les effleurer ? L'usage de convertir alors la peine pécuniaire en une peine corporelle paraît remonter jusqu'à la loi romaine [2]. Cependant Farinacius, après avoir rappelé la maxime : *quod non habet in bonis, luat in*

1. Traité de droit pénal, t. 3, p. 212.

2. Loi 1, § generaliter Dig. de pœnis ; et Lois 2a. Dig. de in jus vocando.

corpus, conteste au juge le pouvoir de commuer arbitrairement l'amende en emprisonnement [1]; et Tiraqueau pense que cette maxime ne s'appliquait pas aux amendes [2]. Mais, dans notre ancien droit, les Cours souveraines avaient ce pouvoir : une ordonnance de Henri II, du mois de mars 1549, portait que « si, après le temps de six mois, les prisonniers ne peuvent payer l'amende pour cause de délit, les Cours procéderont à la commutation de la peine pécuniaire en peine corporelle [3]. » Un grand nombre d'arrêts avaient confirmé cette règle [4]; mais elle ne s'étendait pas aux amendes légères, et les juges inférieurs n'avaient pas le droit de l'appliquer. Nous avons vu que cette disposition s'est maintenue dans quelques législations étrangères : une amende de trois thalers dans le Code allemand, de deux dollars dans le Code de la Louisiane équivaut à un jour de détention. Mais notre droit nouveau a répudié cette conversion ; l'amende est prononcée même contre les insolvables [5]. Seulement le mode d'exécution de cette peine, par la voie de la contrainte par corps, opère alors de fait une sorte de commutation ; après un certain laps de détention, le condamné recouvre une liberté définitive [6]. Nous examinerons dans le chapitre suivant le caractère et les effets de ce moyen d'exécution.

Après avoir rappelé les principes théoriques que le Code a suivis, nous passons à l'interprétation de ses textes, trop peu explicites en cette matière.

420. La première règle que nous y puisons, celle qui domine la matière, est que l'amende est une véritable *peine*. Les articles 9, 11 et 464 du Code consacrent formellement et successivement cette règle ; elle est féconde en conséquences.

1. De del. et pœn., quæst. 18, n. 57,
2. De pœn. temp. aut remitt., p. 137.
3. Isambert, t. 13, p. 162.
4. Papon, l. 10, tit. 4, n. 2 et 8 ; Rebuffe, sur l'édit de Henri II; Jousse, t. 2, p. 653.
5. Cass., 3 nov. 1816.
6. Loi du 5 oct. 1793; art. 35, C. pén. ; art. 42, loi du 17 avril 1832 ; art. 8, loi du 13 déc. 1848 ; 213, C. forest.

Il en résulte, d'abord, que l'amende ne peut atteindre que les prévenus déclarés coupables des délits ; car toute peine est essentiellement personnelle. Ainsi la responsabilité civile, telle qu'elle est établie par l'article 1384 du Code Napoléon, ne comprend que les dommages-intérêts, elle ne s'étend pas aux amendes. Cette évidente déduction du caractère pénal de l'amende a été fréquemment consacrée par la jurisprudence [1]. Il n'est pas inutile de citer quelques-unes de ses applications: c'est ainsi qu'elle a déclaré que la responsabilité civile ne devait point comprendre les amendes, en matière de délits ruraux [2], de loteries tenues sans autorisation [3], d'infractions aux règlements sur la direction des voitures [4], de contraventions commises par les préposés des messageries [5], de contraventions commises par les porteurs de licences des fermiers de la pêche [6].

130. Toutefois, cette règle a reçu une dérogation dans quelques matières spéciales; mais cette exception, n'existant qu'en vertu de la loi qui l'a formulée, doit être strictement resserrée dans ses termes ; il est donc nécessaire de parcourir les exemples qu'en offre la législation.

Nous en trouvons un premier dans lois de douanes. L'art. 20 du titre 13 de la loi des 6-22 août 1791 est ainsi conçu : « Les propriétaires des marchandises seront responsables civilement du fait de leurs facteurs, agents, serviteurs et domestiques, en ce qui concerne les droits, confiscations, *amendes* et dépens. » Ainsi les propriétaires des objets introduits en contrebande sont tenus du paiement des amendes encourues par leurs préposés ; la peine les frappe en même temps que les prévenus ; elle cesse d'être personnelle : c'est une exception évidente au droit commun. Mais on doit remarquer, d'abord, qu'il ne s'agit point ici de cette responsabilité

1. Cass., 12 pluv. an x ; 9 juin 1832. Journal crim., 1832, p, 200.
2. Cass., 5 fév. 1820 ; 8 août et 4 sept. 1823 ; 21 avril et 15 déc. 1827.
3. Cass., 30 nov. 1821 ; 4 sept. 1823 : 24 mars 1855. Bull. n. 116.
4. Cass., 18 oct. 1827.
5. Cass., 18 nov. 1825.
6. Cass., 14 juill. 1814, J. P. 12.315.

civile qui prend sa source dans une dépendance nécessaire d'une part, et de l'autre dans une surveillance obligée, et qui dès lors s'applique à tous les pères, maîtres et commettants: les propriétaires des marchandises y sont seuls assujettis. C'est que cette condamnation dérive moins d'une véritable responsabilité que d'une présomption légale que la fraude a lieu par leurs ordres ou de leur consentement: c'est une sorte de complicité que la loi suppose et punit indirectement.

Nous ne partageons donc point l'opinion émise par la Cour de cassation qu'en cette matière l'amende cesse d'être une peine, et qu'il faut la considérer simplement comme une réparation civile du dommage causé à l'Etat par la fraude [1]. L'amende n'est point une réparation civile, puisque, si les propriétaires des marchandises en sont responsables, cette responsabilité, aux termes de la loi fiscale elle-même, n'atteint ni les pères et mères, ni les maîtres et commettants [2]. Elle n'a point ce caractère, puisque l'action en réparation civile survit au décès même du délinquant, aux termes de l'article 2 du Code d'instruction criminelle; or pourrait-on continuer une poursuite correctionnelle contre les héritiers du prévenu décédé avant le terme de cette poursuite? La Cour de cassation elle-même a répondu négativement à cette question, en statuant sur un délit de douanes : « Attendu qu'en matière de contravention aux lois fiscales, comme dans toutes les autres matières, les amendes ont un caractère pénal ; qu'elles sont personnelles ; que l'action s'en éteint donc par le décès du contrevenant, lorsqu'il a lieu avant que la condamnation ait été prononcée; que, si l'administration a le droit de poursuivre

1. Cass., 6 juin 1811, 17 déc. 1831, et 11 oct. 1834. Journ. du dr. crim., 1834, p. 6 et 313 ; 18 mars 1842, Journ. du dr. crim., 1842, art. 2347; 14 mai 1842, Bull. n. 121 ; 13 mars 1844, Bull. n. 92.

2. * * La Cour de cassation a toujours persisté dans sa manière de voir, et elle en a déduit cette conséquence qu'un père est responsable de l'amende prononcée pour délit de contrebande contre son fils mineur et habitant avec lui (Cass., 30 nov. 1869 ; S. 70, 1, 115). On lit dans cet arrêt « qu'en matière de douanes, les amendes n'ont pas un véritable caractère pénal ; qu'elles sont plutôt des réparations civiles pour le préjudice causé à l'Etat et à l'industrie nationale. »

cette peine, c'est qu'elle en a reçu l'attribution de la loi; que cette attribution est fondée sur ce que les amendes font partie des intérêts fiscaux qui sont confiés à sa surveillance; mais que son action, en cette partie, n'en est pas moins soumise aux règles qui concernent les actions publiques [1]. » La contradiction de cet arrêt avec ceux qui ont été cités précédemment est évidente, puisque, d'une part, la Cour de cassation imprime à l'amende le caractère d'une simple réparation civile, et, d'une autre, celui d'une peine. Cette double solution atteste assez que la loi a été méconnue. A nos yeux, l'amende, en matière fiscale, ne cesse jamais d'être une peine; seulement, et par une dérogation formelle au principe des peines, elle n'est point strictement personnelle : elle atteint, outre le prévenu déclaré coupable, les personnes que la loi présume ses complices : tel est le double caractère de cette amende. L'État trouve la réparation du préjudice que la fraude lui a causé dans le paiement des droits et la confiscation des marchandises et des objets de transport : l'amende a une mission pénale; elle flétrit la désobéissance aux lois; elle punit la fraude.

La législation des contributions indirectes a consacré la même exception : l'article 35 de la loi du 1er germinal an XIII est une reproduction fidèle de la loi du 6 août 1791. Les mêmes hésitations se font aussi remarquer dans la jurisprudence qui en fait l'application. Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation déclare que l'amende, en cette matière, est une peine soumise à toutes les règles générales relatives aux peines [2]; un second arrêt confirme cette décision, et en tire la déduction que les jugements qui prononcent cette amende sont executoires par la voie de la contrainte par corps, encore bien qu'ils ne l'aient pas prescrite [3]; enfin un troisième, renversant cette jurisprudence, pose en principe que l'amende ne doit être considérée que comme une réparation civile du dommage causé [4]. Or

1. Cass., 28 mess. an VIII, S. 1. 1.309; 9 déc. 1813.
2. Cass., 9 déc. 1813.
3. Cass., 14 fév. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 314.
4. Cass., 11 oct. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 314.

comment admettre que, dans la même matière, l'amende puisse tantôt prendre le caractère d'une peine pour justifier l'emploi de la contrainte par corps, tantôt d'une réparation pour motiver la responsabilité civile ? Il faut donc appliquer à cette matière, comme à celle des douanes, la doctrine que nous avons énoncée. Et, au surplus, nous ferons remarquer que l'arrêt du 11 octobre 1834 a fait peser la responsabilité de l'amende, non pas sur le propriétaire des marchandises, comme l'article 35 de la loi du 1er germinal an XIII autorise à le faire, mais sur le père d'un enfant mineur : c'est une nouvelle déviation des règles légales qu'il importait de signaler[1].

Telles sont les seules dérogations que la loi ait faites à la règle générale qui régit les amendes. L'ordonnance de 1669 (titre 19, article 13) déclarait les pères et maîtres civilement responsables des *condamnations rendues* en matière forestière, et la jurisprudence avait entendu cet article en ce sens que la responsabilité s'étendait même aux amendes, lorsqu'il s'agissait de délits commis dans les bois de l'État. L'article 206 du Code forestier a réformé cette interprétation, en déclarant que cette responsabilité ne s'appliquerait qu'aux restitutions, dommages-intérêts et frais. « L'amende, disait le rapporteur, M. Favard de Langlade, est une véritable peine ; elle ne saurait donc atteindre celui qui ne s'est pas rendu coupable ; elle ne peut frapper que le délinquant ; c'est lui qu'il faut atteindre directement : l'État a la voie de la contrainte par corps pour le contraindre au paiement de l'amende, et ce genre de punition est bien plus utile à la société que l'effet d'une responsabilité civile. Si, du reste, les pères, mères, maîtres, etc., sont complices des délits commis par leurs subordonnés, il est un moyen bien simple de leur faire supporter l'amende : il ne s'agit que de les traduire en justice pour cause de complicité. » Le même principe domine le Code de la pêche fluviale du 15 avril 1829 (art. 74).

On ne doit pas considérer comme ayant dérogé à cette règle plusieurs arrêts qui ont décidé : 1° que les entrepreneurs

1. * * V. *Suprà*, p. 225, n. 2. — V. aussi, en matière de fabrication de poudre : Cass., 21 août 1850 ; S. 51. 1. 464 ; P. 52. 1. 109.

de vidanges sont passibles des amendes encourues par le fait de leurs préposés [1]; 2° que les propriétaires sont passibles des amendes prononcées pour le défaut de balayage de la voie publique devant leurs maisons [2]; 3° que les propriétaires de fonds riverains sont passibles des amendes prononcées en raison des infractions commises par leurs préposés à la police d'un cours d'eau [3]. Dans ces diverses hypothèses, la loi ou les règlements avaient imposé aux propriétaires ou entrepreneurs eux-mêmes l'obligation de veiller à l'exécution des charges imposées à la propriété ou à l'entreprise. On a donc pu considérer la contravention comme une négligence personnelle de leur part.

131. De la règle qui attribue à l'amende un caractère pénal, il découle encore, ainsi qu'on l'a vu, que, si le condamné est décédé avant que le jugement ait acquis la force de la chose jugée, l'amende est éteinte par ce décès [4]. C'est l'application de l'article 2 du Code d'instruction criminelle, portant que l'action publique pour l'application de la peine s'éteint par la mort du prévenu. Mais si le jugement, au contraire, est devenu inattaquable avant le décès, la question de savoir s'il doit être exécuté, si le paiement de l'amende peut être poursuivi sur les héritiers, soulève de graves difficultés. Car, l'amende étant une peine, il est de l'essence des peines de ne point passer aux héritiers. Elle diffère de la condamnation civile en ce que celle-ci est la réparation d'un dommage causé, tandis que l'amende est la réparation d'un devoir violé : les héritiers sont responsables des dommages faits par leur auteur ; ils ne le sont pas de la violation qu'il a commise de ses devoirs. Et puis pourquoi distinguerait-on entre les peines corporelles et les peines pécuniaires ? Pourquoi, lorsque les premières tombent avec le décès du condamné, les autres resteraient-elles debout pour frapper ses représentants ? Ne

1. Cass., 4 juin 1812, Bull. n. 136.

2. Cass., 4 mai 1848, Bull. n. 133 ; 15 juill. 1850, Bull. n. 179.

3. Cass., 5 juin 1856, Bull. n. 203 ; 3 avril 1857, Bull. n. 139.

4. Jousse, t. 1, p. 72 ; Cass., 28 mess. an VIII ; Bourguignon, Manuel d'instr. crim., sur l'art. 2.

sont-elles pas soumises au même principe? Cette distinction n'est-elle pas effacée par le deuxième paragraphe de l'art. 2 du Code d'instruction criminelle, qui ne laisse subsister contre les représentants que l'action civile en réparation du dommage?

Mais ces motifs, quoique spécieux, ne suffisent point; car, aux termes de ce même article 2, l'action pour l'application de la peine s'éteint par le décès du prévenu; mais si la condamnation est devenue définitive avant ce décès, ce n'est plus une simple action qui demeure, c'est un droit acquis. Si ce droit ne peut s'exercer, par la nature même des choses, à l'égard des peines corporelles, il en doit être autrement pour les peines pécuniaires, parce que la condamnation à l'amende est devenue une dette au profit de l'État, du moment où le jugement qui l'a prononcée est devenu irréfragable. Or, les biens du débiteur étant, aux termes de l'article 2093 du Code civil, le gage commun de ses créanciers, ces biens ont été affectés à cette dette, et c'est avec cette charge qu'ils sont passés aux héritiers. Au surplus, cette solution est puisée dans l'esprit même du Code pénal. En effet, on lit dans les procés-verbaux du Conseil d'Etat que cette question fut soulevée dans les discussions qui préparèrent le Code d'instruction criminelle : « M. de Cessac demande si l'héritier est affranchi du paiement de l'amende et des autres condamnations pécuniaires. MM. Cambacérès et Treilhard répondirent que l'article 2 n'éteint que l'action publique. » M. Merlin distingua entre le cas où l'amende est prononcée et celui où elle ne l'est pas : « Dans le premier cas, dit-il, la condamnation doit avoir ses effets; dans le deuxième, la mort du prévenu, le faisant réputer innocent, empêche qu'aucune peine, même pécuniaire, puisse lui être appliquée. » M. Cambacérès dit que c'étaient là les vrais principes : « L'explication de M. Merlin, ajouta-t-il, étant consignée dans le procès-verbal, lèvera les doutes, et fixera le sens de l'article. Il sera bien entendu que le jugement qui prononce l'amende recevra son exécution, nonobstant la mort du condamné [1]. »

1. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 31 mai 1808; Locré, t. 25, p. 118. — * * L'art. 30 du Code pénal allemand contient une disposition formelle dans le même sens.

132. Nous déduirons encore de notre règle un troisième corollaire : c'est que les amendes, étant de véritables peines, ne devraient pas indéfiniment se cumuler entre elles. C'est l'application de l'article 365 du Code d'instruction criminelle, qui porte que, « en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée ». Or, cette règle est générale, elle s'applique à toutes les peines. Comment pourrait-on justifier vis-à-vis des amendes une exception que la loi n'a nulle part autorisée? La Cour de cassation n'avait point fait d'abord cette exception; elle avait seulement déclaré « que l'article 365 n'est point applicable aux amendes et peines pécuniaires portées par les lois relatives aux matières qui n'ont pas été réglées par le Code pénal[1] ». Et de cette décision il résulte, d'abord implicitement, que ce même art. 365 doit s'appliquer aux amendes prononcées par le Code pénal : c'est la consécration formelle de notre opinion. Mais la restriction posée par l'arrêt est-elle fondée ? Le principe qui veut que les peines ne se cumulent pas, hors le cas de récidive, est un principe général de droit criminel, qui domine toutes les branches de la législation, parce qu'il se fonde sur une raison d'équité qui se reproduit à l'égard de tous les délinquants : c'est qu'il est injuste et à la fois inutile de faire peser plusieurs peines sur un prévenu, pour des infractions commises avant qu'il ait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation. Or ce motif s'élève aussi haut dans les matières spéciales que dans les autres matières. La loi ne doit pas imputer au délinquant les lenteurs de la justice qui lui ont permis de commettre une nouvelle contravention qu'il n'eût pas commise peut-être si la répression eût été plus prompte. Au reste, dans l'espèce de l'arrêt cité plus haut, il s'agissait de l'application de la loi du 15 ventôse an XIII, relative à l'indemnité à payer aux maîtres de poste, et la Cour de cassation a surtout motivé sa décision sur ce que l'esprit de cette loi serait de cumuler les amendes d'après le nombre des contraventions. On peut donc induire de cet arrêt lui-même que, même dans les matières spéciales, le principe de l'article 365 doit être appliqué

1. Cass., 11 oct. 1827, Bull. n. 264.

aux amendes, à moins qu'il ne soit exclu par les dispositions de ces lois exceptionnelles.

Au reste, la jurisprudence a varié sur ce point. Il faut aujourd'hui distinguer si l'amende a été prononcée en matière ordinaire ou en matière spéciale, si elle a été prononcée comme peine principale ou comme peine accessoire, enfin si elle a été prononcée pour crime ou délit, ou pour simple contravention.

La jurisprudence n'applique point l'article 365 aux amendes prononcées dans les matières spéciales qui sont régies par des lois et des règlements particuliers, et sur lesquelles le Code pénal n'a point statué, « attendu que, dans ces matières toutes spéciales, l'amende est moins considérée comme une peine proprement dite que comme la réparation civile du dommage [1]. » Il en est encore ainsi lorsqu'il résulte implicitement de la loi spéciale qu'elle a voulu apporter une exception au principe prohibitif du cumul des peines : telles sont par exemples, les lois des 3 septembre 1807 et 29 décembre 1850, relatives au délit d'habitude d'usure [2] ; telle est encore la loi du 21 prairial an V, qui punit les atteintes à la libre circulation des grains [3].

La jurisprudence distingue, en second lieu, si l'amende est principale ou accessoire. Quelques arrêts, à la vérité, avaient admis « que les peines pécuniaires sont des peines distinctes, personnelles, et qu'il ne résulte nullement de l'article 365 que, dans le cas de conviction de plusieurs délits, dont l'un n'emporte que la peine d'une amende, cette amende ne puisse être cumulée avec la peine d'emprisonnement encourue pour les autres délits [4]. » Mais cette doctrine ne saurait soutenir

1. Cass., 16 frév. 1844, Bull. n. 49 ; 26 mars 1823, Bull. n. 58 ; 28 fév. 1845, Bull. n. 73 ; 11 oct. 1827. Bull. n. 264 ; 3 oct. 1835, Bull. n. 385. — ** *Adde* Cass., 28 janv. 1876 , B. n. 30 ; 21 nov. 1878 ; S. 79, 1, 137 ; — 24 avril 1885 ; Bull. n° 120.

2. Cass., 9 juin 1854, Bull. n. 189. — ** V. encore Cass., 14 mai 1880 ; S. 82. 1. 389 ;— 16 mai 1885 ; S. 86, 1, 385. Mais V. aussi nos notes en sens contraire sous ces deux arrêts, *iisdem locis*.

3. Cass., 29 mai 1847, Bull. n. 117.

4. Cass., 15 juin 1821, J. P. 16. 673.

un examen sérieux toutes les fois que l'amende a le caractère d'une peine [1], et M. Legraverend, pour la justifier, a été entraîné à dénier ce caractère à toutes les amendes [2]. Revenant, en conséquence, sur cette première jurisprudence, la Cour de cassation a déclaré « que la disposition de l'article 365 est générale ; qu'elle ne distingue point entre les peines de nature différente qui peuvent être prononcées conformément à la loi ; qu'ainsi elle les comprend toutes, les peines pécuniaires aussi bien que les peines corporelles [3]. » Cette règle a été appliquée aux amendes prononcées en matière de délits de presse [4] et en matière de délits de chasse [5]. Elle cesse si l'amende est prononcée accessoirement à une autre peine [6]. Mais que faut-il décider si, dans le concours de deux crimes, l'amende n'est attachée accessoirement qu'à la peine la moins forte ? Est-il permis, par exemple, de cumuler l'amende portée par l'art. 164 pour le crime de faux en écriture privée, avec la peine des travaux forcés prononcée pour vol ou banqueroute frauduleuse ? Il a été décidé que le cumul de la peine la plus forte avec l'amende, accessoire de la peine la moins forte, était prohibé par la loi [7] ; cependant, dans une espèce où la Cour d'assisses avait à la fois prononcé les travaux forcés, la réclusion et l'amende, l'arrêt, en annulant cette double condamnation, a maintenu, par une anomalie singulière, la peine de l'amende [8].

La jurisprudence enfin, après avoir longtemps admis que l'art. 365 s'appliquait aux amendes prononcées en matière de contravention aussi bien qu'à celles prononcées pour crime et délit [9], a répudié cette règle et a restreint l'application de

1. De l'action publique, t. 2, p. 510.
2. Législ. crim., t. 2, p. 611.
3. Cass., 3 oct. 1835, Bull. n. 384.
4. Même arrêt.
5. Cass., 6 mars 1856, Bull. n. 95.
6. Cass., 21 janv. 1848, Bull. n. 22.
7. Cass., 11 sept. 1823. J. P. 18. 158 ; 28 déc. 1826, *ibid.* 20. 1076 ; 6 avril 1827, Bull. n. 72; 19 sept. 1828, Bull. n. 270; 3 juin 1830, Bull. n. 149.
8. Cass., 17 mars 1853, Bull. n. 95.
9. Cass., 23 mars 1836, Bull. n. 90; 22 fév. 1810, Bull. n. 64; 15 janv., 19 mars, 13 mai, 17 mai et 12 juin 1841, Bull. n. 10, 71, 141, 155 et 176.

cet article aux matières criminelle et correctionnelle. Les principaux motifs de cette nouvelle jurisprudence sont « que si, par l'article 365, le Code d'instruction criminelle impose aux Cours d'assises le devoir de n'appliquer que la peine la plus forte, c'est uniquement *en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits*, sans faire aucune mention du cas où la conviction porterait sur une réunion de plusieurs contraventions de police ; qu'en ne désignant ainsi que deux des trois catégories des faits déclarés punissables, et en gardant le silence sur la troisième, il a suffisamment montré qu'il n'a pas compris cette dernière dans ses dispositions [1]. » Toutefois cette restriction ne s'étend point aux amendes qui sont prononcées pour contraventions correctionnelles, lorsque ces contraventions n'ont point été exceptées de l'application de l'art. 365, soit par des dispositions particulières, soit par le caractère de réparation civile attaché aux amendes fiscales [2].

133. Une seconde règle est que l'amende doit être individuelle, c'est-à-dire infligée à chacun des auteurs du même fait. Il est évident, en effet, que, dans la perpétration d'un fait puni par la loi, il y a autant de contraventions qu'il y a de contrevenants ; l'infraction n'est pas seulement dans le fait matériel, mais dans la violation de la défense de la loi. Et, d'ailleurs, si une amende unique était distribuée entre un grand nombre de délinquants, il se trouverait que la disposition répressive de la loi n'aurait plus d'effet, et que son vœu, qui a été d'infliger une certaine mesure de la peine à chaque per-

1. Cass., ch. réun., 7 juin 1842, Bull. n. 137 ; ch. crim., 15 mars 1745, Bull. n. 99 ; 22 mars 1851, Bull. n. 117 ; 22 juil. 1852, Bull. n. 241 ; 27 janv. 1853, Bull. n. 30 ; 3 mars 1854, Bull. n. 63.

2. Cass., 26 juill. 1855, Bull. n. 262. — * * *Adde* Cass., 24 juill. 1873 ; Bull. n. 207 ; — 14 janv. 1875 ; Bull. n. 11 ; S. 75. 1. 139 ; — 28 janv. 1876 ; S. 76. 1. 89 ; — 16 nov. et 1er déc. 1877 ; Bull. nos 235, 253 ; — 13 juin 1884 ; Bull. n. 189. — Toutefois la Cour suprême décide, par des raisons spéciales, que le principe du non-cumul n'est pas applicable aux infractions aux lois sur la police des chemins de fer (Cass., 27 janv. 1883 ; S. 85. 1. 403 ; P. 85. 1. 961), ni aux infractions aux lois sur le travail des enfants dans les usines et manufactures (Cass., 9 juin 1883 ; S. 85. 1. 282 ; P. 85. 1. 678).

sonne convaincue du délit, ne serait pas rempli. Ce principe a reçu à diverses reprises la sanction de la jurisprudence [1].

Toutefois deux exceptions doivent y être établies. La première a lieu lorsque le législateur a mesuré le taux de l'amende à raison de la quotité du dommage causé. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que l'amende portée par l'article 144 du Code forestier, pour l'enlèvement de certaines matières dans les forêts, devait être unique pour chaque enlèvement, quel que fût le nombre des délinquants, parce que cette amende est calculée, non à raison du nombre des personnes qui ont pris part à la contravention, mais à raison du mode d'enlèvement des matières [2].

La deuxième exception est celle où les prévenus qui ont commis le délit forment, réunis entre eux, une société collective, un être moral. Ainsi une société commerciale peut encourir une condamnation à l'amende par suite de la responsabilité du fait de l'un de ses agents ; mais cette condamnation ne frappe que sur l'être collectif et non sur chacun des associés individuellement, lorsque la contravention est punissable d'une amende : le juge ne peut donc en prononcer qu'une, alors même que plusieurs associés ont été mis en cause individuellement [3].

134. Une troisième règle est écrite dans l'article 55 du Code pénal : c'est la solidarité de l'amende entre tous les individus condamnés *pour un même crime ou pour un même délit.* La première conséquence de cette règle est que le lien de cette solidarité n'existe qu'autant que les prévenus ont été condamnés pour le *même fait.* Ainsi il ne suffit pas, pour que la solidarité puisse être invoquée, que les prévenus aient été condamnés pour différents faits compris dans la même plainte ou dans le même acte d'accusation ; il faut qu'ils aient concouru *au même délit* [4]. Mais il n'est pas nécessaire qu'ils

1. Cass., 22 avril 1813, 7 janv. et 21 oct. 1814, 18 oct. 1822, 7 déc. 1826.

2. Cass., 25 avril 1828, Bull. n. 126.

3. Cass., 6 août 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 210.

4. * * V. toutefois Cass., 26 mars 1874 ; Bull. n. 99 : arrêt décidant qu'est à bon droit prononcée la condamnation solidaire au paiement des frais et

aient été condamnés *aux mêmes peines* ; ainsi la Cour de cassation a pu juger, d'après le texte de la loi, que deux prévenus condamnés, l'un à 200 fr., l'autre à 400 fr. d'amende, étaient tenus solidairement du paiement de ces amendes, parce qu'ils avaient commis le délit ensemble, au même lieu, dans le même temps, envers les mêmes personnes, et que dès lors il existait entre eux une communion de fait et d'intention qui justifiait la solidarité [1]. Il en serait encore ainsi, lors même que l'une des amendes aurait été aggravée à raison de l'état de récidive de l'un des prévenus [2]. La Cour de cassation a également jugé qu'il n'est pas nécessaire que le délit ait été commis par suite d'un concert réfléchi et prémédité entre les prévenus [3]. Cependant, dans ce cas, la complicité n'existe pas ; ce sont des actes isolés qui ont concouru accidentellement à un même fait, et dès lors il est douteux que la loi ait voulu lier par une commune responsabilité des prévenus qui sont étrangers les uns aux autres.

La solidarité établie par l'article 55 est de plein droit, parce qu'elle tient au mode d'exécution ; elle doit donc être appliquée aux prévenus, encore bien que le jugement ait omis d'en faire mention [4] ; mais cette obligation accessoire ne peut être étendue au delà des termes précis de la loi [5]. Ainsi, vainement voudrait-on l'invoquer dans les matières de police, car l'article 55 ne parle que des condamnés pour crimes ou pour délits. Différent en cela de la loi du 22 juillet 1791 (titre 2, article 42), le Code pénal a gardé le silence à l'égard de la solidarité des amendes encourues pour contraventions, et les

amendes contre deux accusés, lorsqu'il est constant que les crimes par eux commis *en des lieux différents* (contrefaçon de monnaies) l'ont été par suite d'un concert formé entre eux. — Comp. Cass., 12 juin 1875 ; Bull. n. 189.

1. Cass., 8 nov. 1827, Bull. n. 278.

2. Cass., 13 août 1853, Bull. n. 405.

3. Cass., 2 mars 1814, S. 14.1.124 ; 28 août 1857, Bull. n. 325.

4. Cass., 26 août 1813, J.P. 11.670 ; 25 sept. 1856 et 10 oct. 1856, Bull. n. 322 et 332.

5. Art. 1202 du Code civil.

juges ne pourraient la suppléer. Elle suppose, en effet, la complicité des individus condamnés ; or les caractères de la complicité, définis par les art. 59 et 60, ne s'appliquent qu'aux crimes et délits, et nullement aux contraventions de police ; ces contraventions constituent des faits distincts et séparés qui n'admettent pas la solidarité de la peine [1]. Ainsi encore, si plusieurs prévenus d'un même délit n'ont pas été condamnés *par un même jugement*, la solidarité ne pourrait leur être appliquée ; car l'article 55 suppose évidemment une poursuite simultanée, et il serait impossible d'admettre que la condition d'un condamné pût être aggravée, après son jugement, par la condamnation postérieure de ses complices [2].

135. Il nous reste une dernière règle à poser en cette matière : lorsque la loi a omis de fixer la quotité de l'amende, le juge ne doit appliquer qu'une amende de police. Cette règle, introduite par la jurisprudence de la Cour de cassation, doit être adoptée ; car les amendes arbitraires sont bannies de notre législation, et dès lors, dans le doute, il y a lieu de réduire l'amende indéterminée au taux de la plus faible des amendes, celle de simple police. Ce principe, qui repose sur l'interprétation toujours favorable que doivent recevoir les lois pénales, a été appliqué relativement à l'art. 35 de la loi du 19 ventôse an XI, qui punit l'exercice illégal de la médecine d'*une amende pécuniaire envers les hospices*. La Cour de cassation a reconnu que cette amende illimitée ne pouvait être prononcée que dans les limites des amendes de simple police [3].

1. Cass., 26 déc. 1857, Bull. n. 415 ; 3 avril 1869. n. 82.

2. V. Carnot, sur l'art. 55, et Bourguignon, *ibid.* — * * Nous ne saurions admettre cette solution. Sans doute, le sort d'un condamné ne peut être aggravé par un jugement postérieur ; mais ce n'est pas le jugement qui l'aggrave, la solidarité résultant de la loi et ayant lieu de plein droit. V. en ce sens Blanche, I, nos 430 et 431. Comp. Cass., 25 mars 1875 ; Bull. no 102.

3. Cass., 5 nov. 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 361 ; 28 août 1832, *ibid.*, p. 246. — * * Nous admettons cette solution si rien ne détermine la nature de l'infraction ; mais s'il s'agit d'un *délit*, par exemple, si la loi qualifie elle-même le fait de *délit*, ou si elle prononce en même temps que

Ici s'arrêtent nos observations générales sur la peine de l'amende : nous examinerons les questions particulières qui se rattachent à quelques applications de cette peine dans notre Code, en nous occupant des articles qui les renferment.

§ II. — *De la confiscation spéciale.*

136. La confiscation a été abolie par la charte de 1814 [1]. Mais la charte n'a entendu parler que de la confiscation générale de tous les biens : les confiscations d'objets particuliers, produits ou instruments du délit, ne sont point comprises dans cette abolition. [2] Consacrée par la jurisprudence, cette distinction est aujourd'hui hors de contestation, puisque les lois nouvelles, postérieures à la charte, ont établi des confiscations partielles.

Cette espèce de confiscation devait naturellement prendre place parmi les condamnations pécuniaires, car elle se résout en une perte, en une privation plus ou moins grave d'une valeur quelconque. Mais, de même que l'amende, elle a le caractère d'une peine ; l'art. 11 du Code pénal le lui imprime formellement ; et ce caractère répressif doit être considéré comme une règle de solution dans les questions qui peuvent se présenter.

C'est en vertu de ce principe que la confiscation des objets saisis ne peut être prononcée que lorsqu'elle est autorisée par un texte formel de la loi. Ainsi la Cour de cassation a annulé avec raison celle qu'un jugement avait prononcée de divers instruments qui avaient servi à commettre un délit de maraudage [3] ; aucune disposition de la loi n'ordonnait cette

l'amende une autre peine correctionnelle, il nous semblerait plus logique de décider que l'amende applicable sera le minimum de l'amende en matière correctionnelle, c'est-à-dire seize francs.

1. Art. 66 de la Charte de 1814, 57 de la Charte de 1830.

2. Loi des 17 déc. 1814, art. 15 ; 28 avril 1816, art. 51 ; 15 avril 1818, 25 avril 1827, 15 avril 1829, 4 mars 1831, 21 mai 1834, et 3 mai et 5 juillet 1844.

3 Cass., 21 avril 1826, Bull. n. 80, et 18 mai 1844, Journ. du dr. crim., art. 2584.

confiscation. La même solution a été appliquée à la confiscation du gibier prononcée parce qu'il avait été vendu en dehors du marché [1].

C'est par suite du même principe qu'on doit décider que les juges ne peuvent convertir la confiscation de l'objet du délit en une confiscation de sa valeur ; car cette confiscation est une peine particulière dont ils ne peuvent altérer la nature ; elle se résume, à la vérité, en une peine pécuniaire, mais elle a pour but de frapper un objet déterminé, l'instrument ou le fruit du délit ; et ce but ne serait point atteint, si l'inculpé était admis à en offrir le prix [2]. Toutefois, dans quelques matières spéciales, les tribunaux ont la faculté, lorsque l'objet du délit ne peut être représenté, de condamner le prévenu au paiement de sa valeur présumée : on trouve un exemple de cette disposition exceptionnelle dans l'art. 45 du Code forestier.

Enfin, c'est encore par application de la même règle qu'un prévenu, renvoyé des fins de la plainte, ne peut à la fois être condamné à la confiscation des objets saisis ; car il implique contradiction qu'un prévenu soit acquitté et frappé en même temps d'une peine : la confiscation ne peut être prononcée qu'à la suite d'une déclaration de culpabilité [3]. Toutefois, ici encore nous rencontrons dans les lois spéciales une exception à notre principe : l'art. 23 du titre 10 de la loi du 22 août 1791 prononce la confiscation des marchandises prohibées à l'entrée, dans le cas même où la nullité du procès-verbal ne permet pas de constater le délit. L'art. 109 de la loi du 19 brumaire an VI, sur la garantie des matières d'or et d'argent, prononce également, dans tous les cas, la confiscation des ouvrages marqués de faux poinçons [4].

Il a été cependant décidé que la prohibition du cumul des peines ne s'étend pas à la confiscation spéciale d'un fusil de

1. Cass., 10 fév. 1824, Bull. n. 33.

2. Cass., 23 mai 1833, Bull. n. 70.

3. Cass., 15 mars 1828, Bull. n. 78 ; 1er avril 1854. Bull. n. 96.

4. ** V. aussi la loi du 15 juill. 1844, sur les brevets d'invention, art. 49 ; la loi du 23 juin 1857, sur les marques de fabrique, art. 14.

chasse, parce qu'elle constitue une mesure de police préventive plutôt qu'une peine proprement dite [1]. Ce motif est contraire à toute la jurisprudence : un autre arrêt semble avoir motivé avec plus de raison la même solution en disant simplement « que l'art. 365 ne s'applique point à une peine spéciale établie dans un intérêt d'ordre public, et ne peut empêcher qu'elle soit prescrite [2] ». C'est une exception dans la jurisprudence.

137. D'après les termes de l'art. 11 du Code pénal, « la confiscation spéciale, soit du corps du délit, quand la propriété en appartient au condamné, soit des choses produites par le délit, soit de celles qui ont servi ou qui ont été destinées à le commettre, est une peine commune aux *matières criminelle et correctionnelle.* » Or ces termes donnent lieu à deux observations. La première, c'est que la restriction qui semble résulter de cet article, à l'égard des matières de simple police, n'est pas exacte, puisque les art. 464 et 470 ont étendu à ces matières la confiscation spéciale. La deuxième a pour objet de faire remarquer que ces mots limitatifs : *quand la propriété en appartient au condamné*, ne se réfèrent qu'au corps du délit ; d'où il suit que les tribunaux pourraient prononcer la confiscation des objets qui sont le produit ou qui ont été les instruments de ce délit, alors même qu'ils n'appartiendraient pas au condamné [3]. La confiscation peut-elle s'étendre aux objets achetés avec le prix des objets volés ? La négative a été décidée, « attendu que la confiscation ne peut être prononcée qu'à titre de peine et qu'autant que la loi l'ordonne par une disposition spéciale et expresse ; que le Code pénal, dans aucun de ses articles, n'applique la confiscation aux objets provenant d'un vol ou achetés avec le produit de ce vol [4].

1. Cass., 6 mars 1856, Bull. n. 95.

2. Cass., 13 mars 1856, Bull. n. 104. — * * *Adde* Cass., 30 juin 1881, Bull. n. 165.

3. V. en ce sens Douai, 12 déc. 1833, Journ. du dr. crim. t. 6, p. 348; Cass., 26 mars 1835, Bull. n. 110.

4. Cass. 12 juin 1856, Bull. n. 212. V. aussi sur ce point l'art. 3 de la loi du 12 mai 1871.

Nous nous arrêtons à ces règles générales : les diverses applications de cette peine faites par le Code seront examinées avec les dispositions qui les prononcent. Quant aux applications plus nombreuses que les matières fiscales en ont faites, nous ne pourrions nous en occuper sans sortir des limites de notre livre.

§ III. — *Des restitutions civiles et dommages-intérêts.*

138. Lorsqu'un délit a été commis, l'application d'une peine ne suffit pas toujours pour réparer le mal qu'il a causé : ce délit a blessé la sécurité publique que la peine a pour mission de rassurer ; mais il a pu léser en même temps des intérêts privés, et le préjudice causé doit être réparé : c'est l'application exacte du principe d'éternelle justice qu'ont recueilli les art. 1382 et 1383 du Code civil ; l'art. 10 du Code pénal en fait la réserve expresse.

Cet article proclame en effet que « la condamnation aux peines établies par la loi est toujours prononcée sans préjudice des restitutions et dommages-intérêts qui peuvent être dus aux parties ». Ainsi la loi conserve aux personnes qu'un délit a lésées le droit d'obtenir la réparation de ce dommage.

139. On ne doit pas confondre les restitutions et les dommages-intérêts [1]. Les premières ont pour objet les choses mêmes dont le plaignant a été dépouillé ; les autres sont la réparation du préjudice qu'il a souffert. Les demandes formées par le plaignant pour atteindre ce double but sont donc indépendantes l'une de l'autre ; elles peuvent être exercées soit isolément, soit simultanément : la loi les distingue sans cesse dans ses textes (articles 10, 51 et 172, Code pénal, et 366, Code d'instruction criminelle). Ainsi ce ne serait point une fin de non-recevoir absolue, pour la partie qui demande la restitution des choses qui lui ont été volées, que d'avoir déjà obtenu des dommages-intérêts pour ce même vol ; car

1. Les anciens auteurs distinguent les dommages-intérêts et les réparations civiles ; les uns sont la réparation d'un préjudice pécuniaire, les autres d'un tort matériel ou moral causé par un délit. V. Jousse, t. 1, p. 128.

ce délit peut avoir entraîné des dommages autres que la valeur des objets volés.

Dans la plupart des cas, ces objets ont au procès le caractère de *pièces de conviction*. Leur restitution ne peut alors être ordonnée qu'à la fin de ce procès ; cependant, en cas de contumace de l'un des accusés, l'article 474 du Code d'instruction criminelle permet à la Cour d'assises d'en faire la remise aux propriétaires, mais à charge de les représenter, s'il y a lieu. Cette remise ne peut être faite par simple ordonnance du président ; l'article 336 du même Code a réservé ce droit à la Cour d'assises [1]. Ainsi, lorsque cette Cour a omis de l'ordonner par l'arrêt qui a statué sur l'accusation, il est indispensable qu'un nouvel arrêt intervienne sur la requête de la partie pour vider cet incident.

La rédaction un peu confuse de l'ancien article 51 du Code pénal avait fait naître quelques difficultés ; la révision de 1832 les a fait disparaître [2]. Une première modification a eu pour objet d'effacer le *minimum* des indemnités dues à la partie lésée. Telle avait été même la seule pensée du projet de loi, dont l'article 11 portait : « Quand il y aura lieu à la restitution, la Cour ou le tribunal appréciera s'il est dû une indemnité, et en déterminera la quotité, sans avoir égard au *minimum* fixé par l'article 51 du Code pénal. » La loi a rempli cet objet en se bornant à retrancher de cet article ces mots : *sans*

1. Cass., 1er juill. 1820, Bull. n. 96.

2. *Ancien article.* « Quand il y aura lieu à restitution, le coupable sera condamné, en outre, envers la partie, à des indemnités dont la détermination est laissée à la justice de la Cour ou du tribunal, lorsque la loi ne les a pas réglées, sans qu'elles puissent jamais être au-dessous du quart des restitutions, et sans que la Cour ou le tribunal puisse, du consentement même de la partie, en prononcer l'application à une œuvre quelconque. »

Nouvelle rédaction. « Quand il y a lieu à restitution, le coupable *pourra être* condamné, en outre, envers la partie *lésée, si elle le requiert*, à des indemnités dont la détermination est laissée à la justice de la Cour ou du tribunal, lorsque la loi ne les aura pas réglées, sans que la Cour ou le tribunal puisse, du consentement même de ladite partie, en prononcer l'application à une œuvre quelconque. »

qu'elles (les indemnités) *puissent jamais être au-dessous du quart des restitutions.*

Une autre modification non moins importante fut proposée par la commission de la Chambre des députés. Il résultait du texte de l'article 51 que, toutes les fois qu'il y avait lieu à restitution, le coupable devait être condamné à des indemnités. Cette condamnation, qui pouvait paraître alors nécessaire, est devenue facultative, d'après l'amendement portant: « Le coupable *pourra* être condamné envers la partie lésée, *si elle le requiert.* »

Au surplus, cette interprétation avait déjà été admise par le Conseil d'État dans les discussions préparatoires du Code. En effet, M. Merlin ayant remarqué que cet article semblait restreindre les dommages-intérêts au cas où il y a restitution, M. Treilhard répondit que la section dont il était le commissaire n'avait pas entendu, en le rédigeant, affaiblir le principe d'après lequel les dommages-intérêts sont dus à toute personne lésée par un crime. « Si, ajouta-t-il, elle a parlé plus particulièrement de la restitution, c'est qu'elle a craint que les juges ne crussent que la réparation devait se borner là, et qu'il ne leur était pas permis d'adjuger d'autres indemnités. La dernière disposition de l'article s'applique donc à tous les cas où il y a lieu à des dommages-intérêts ; elle a pour objet de détruire cette fausse délicatesse qui, en faisant toujours renoncer à l'indemnité, en privait ceux auxquels l'état de leur fortune la rendait necessaire [1]. »

Ces observations révèlent complétement l'esprit du législateur de 1810 ; la rédaction de l'article 51 avait un double but: d'avertir le juge que les restitutions n'étaient pas un obstacle aux dommages-intérêts, et d'abolir l'ancien usage d'appliquer aux pauvres ou aux hospices les indemnités allouées. Cette dernière règle ne pouvait offrir aucune difficulté dans l'application, et la jurisprudence s'est bornée à la sanctionner plusieurs fois [2].

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 25 juillet 1809 ; Locré, t. 29, p. 168.

2. Cass., 7 déc. 1821, 25 fév. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 175.

140. Mais la fixation des dommages-intérêts n'était pas aussi facile : cette condamnation, quoique essentiellement civile, pèse souvent d'un poids plus accablant sur la tête du condamné que la peine elle-même. La loi, en attribuant à la juridiction criminelle le droit de régler les dommages-intérêts des parties, devait peut-être, comme elle l'a fait dans quelques cas exceptionnels (art. 117, et 234, C. pén.), tracer des limites à cette attribution. L'ancien article 51, déterminant le taux du *minimum* de ces indemnités, laissait apercevoir, quoique assez confusément, quel devait être leur *maximum*. Le législateur de 1832 a effacé cette dernière borne ; *il en a laissé la détermination à la justice de la Cour ou du tribunal.* Ainsi, le pouvoir des juges demeure en général illimité dans la distribution des réparations civiles ; l'appréciation des dommages éprouvés et de la compensation qu'ils peuvent obtenir leur appartient souverainement ; c'est à eux de peser les considérations sociales, la condition et la fortune des parties, la gravité de la faute commise et du préjudice éprouvé : la loi les érige en arbitres, et elle s'en rapporte à leurs lumières et à leur conscience.

Toutefois il est, dans cette matière elle-même, quelques principes qui dérivent de la nature même des choses, et que le juge, quelque illimitée que soit sa puissance, ne pourrait méconnaître. Toute espèce de préjudice ne donne pas indistinctement lieu à des dommages-intérêts ; il faut que ce préjudice soit la conséquence directe et immédiate du délit, qu'il soit actuel, enfin qu'il dérive du fait même de la prévention. Il est important de développer cette règle.

M. Merlin l'a formulée dans les termes suivants : « Pour être admis à rendre plainte, il faut avoir à la fois un *intérêt direct* et un *droit formé* de constater le délit lorsqu'il existe, et d'en poursuivre la réparation contre le délinquant [1]. » M. Legraverend adopte cette définition, et la justifie : « Un *intérêt direct*, dit-il, parce que c'est là le caractère distinctif de la plainte, et qu'on ne peut se porter accusateur à raison d'un

1. Quest. de droit, v° Question d'État, § 1.

crime ou d'un délit, si l'on n'a à sa punition qu'un intérêt éloigné et indirect ; un *droit formé*, parce qu'il ne suffit pas que le délit ou le crime puisse un jour vous être nuisible, pour que vous soyez admis à rendre plainte : il faut encore que le préjudice soit réel, actuel, et que dès ce moment vous en ressentiez les effets [1]. » Ce principe se trouve implicitement consacré par les articles 1 et 63 du C. d'inst. crim., qui ne reconnaissent qu'à ceux qui ont souffert d'un dommage causé par un crime ou un délit, qu'à ceux qui en ont été lésés, le droit d'en rendre plainte et d'en demander la réparation [2].

Quelques exemples le feront mieux saisir. Un crime ayant été commis, des poursuites furent mal à propos dirigées contre une personne qui n'en était pas l'auteur ; plus tard, le vrai coupable ayant été traduit devant les assises, le premier prévenu se porta partie civile, et forma une demande en dommages-intérêts ; cette prétention était-elle fondée ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement, Le dommage que le plaignant avait éprouvé ne provenait point directement du crime lui-même ; il n'en était point le résultat. La perpétration de ce crime ne lui avait causé aucun préjudice. Ce préjudice était né des poursuites légèrement dirigées contre lui ; c'est le fait de ces poursuites, le fait du ministère public qui avait troublé son existence : or, ce fait n'était-il pas indépendant de la volonté de l'accusé ? pouvait-il en être responsable ? Le plaignant rentrait daus la classe de tous lcs prévenus qui sont trouvés innocents, et auxquels il serait juste peut-être d'accorder une indemnité ; mais cette indemnité ne peut pas être mise à la charge des condamnés, qui ne doivent supporter que les conséquences directes de leur crime. Nous ne pouvons donc partager la doctrine de la Cour de cassation, qui, dans cette espèce, a reconnu au plaignant le droit de se constituer partie civile [3].

1. Législ. crim., t. I, p. 195.

2. V., pour le développement de cette règle, Traité de l'instr. crim., t. 2, p. 342 et suiv. — * * V. aussi Cass., 21 mai 1874 ; D. 75. 1. 137.

3. Cass., 17 juill. 1832, Journ. du dr. crim., art. 910.

Toutefois il est évident que ce serait mal saisir la règle que nous avons posée, que d'exiger que l'*intérêt* qui fait la base de l'action civile fût toujours *matériel* et *appréciable*. Un homme peut être blessé dans ses affections comme dans sa fortune, dans sa réputation comme dans ses propriétés. Son action est légitime dès que le préjudice qu'il a souffert est incontestable ; et si les dommages-intérêts qu'il réclame ne peuvent être le prix d'un mal quelquefois inappréciable, il deviennent au moins une sorte de compensation de ses souffrances, et une peine infligée au coupable [1].

On conçoit que cette action ne doit point alors être admise avec trop de facilité; car le concours d'une partie civile aux débats aggrave la position de l'accusé, qui se trouve en face de deux adversaires, et qui doit lutter non seulement contre l'impartiale sévérité du ministère public, mais contre les attaques avides et passionnées d'un accusateur privé. C'est cette grave considération qui doit écarter des débats toute partie qui n'allègue pas un dommage incontestable, résultat immédiat du crime. Nous devons ajouter que l'application de ce principe est complétement abandonnée à la sagesse et aux lumières des Cours d'assises et des tribunaux correctionnels. La Cour de Cassation persiste à juger, en effet, qu'il appartient souverainement à ces juridictions d'apprécier si une partie civile a intérêt ou non à intervenir, et que le défaut de cet intérêt ne vicie pas la procédure criminelle à laquelle elle a concouru [2].

Le préjudice doit prendre sa source dans un *délit*, pour que la juridiction criminelle puisse l'apprécier. C'est par ce motif que la jurisprudence a successivement reconnu que le refus d'un créancier de donner quittance d'une somme qu'il a reçue, que le fait de retenir les présents de noces après la

1. * * Nous ne croyons pas les dommages-intérêts puissent jamais être infligés à titre de peine : la peine du délit est déterminée par la loi. Un préjudice moral peut sans doute être la base de l'action, la loi ne distinguant pas; mais à la condition cependant qu'il puisse se traduire en chiffres.

2. Cass., 4 mars 1830 et 19 juill. 1832, Journ. du dr. crim., art. 387 et 910.

rupture d'un projet de mariage, enfin que le détournement momentané d'une somme confiée à un mandataire, lorsque ce mandataire n'a pas été mis en demeure de la restituer, ne peuvent motiver l'action civile devant les tribunaux de répression, parce que ces faits ne constituent en eux-mêmes aucun délit [1].

De là on peut induire, comme un corollaire, que si le fait d'où dérive le dommage est différent de celui qui constitue le délit, l'action civile ne peut concourir avec l'action publique [2]. Nous citerons un exemple remarquable de cette maxime. L'habitude d'usure, que la loi a rangée parmi les délits, est un fait moral et complexe qui ne peut résulter que de l'ensemble de plusieurs faits particuliers. Or, ces faits particuliers, éléments du délit, n'en ont point eux-mêmes le caractère lorsqu'ils sont considérés isolément. Les tribunaux correctionnels, qui ne peuvent connaître des réparations civiles que lorsqu'ils y statuent accessoirement à un délit, sont donc sans attribution pour prononcer sur la réparation civile à laquelle un de ces faits particuliers peut donner lieu ; et, comme ce n'est cependant que par des faits particuliers qu'il peut y avoir eu dommage ou préjudice, il faut conclure que la partie lésée ne peut dans tous les cas porter son action que devant les tribunaux civils [3].

1. Cass., 7 therm. an VIII ; 17 juill. 1829, Journ. du dr. crim., 1829. p. 263 ; 30 janv. 1829, *ibid.*, p. 223 ; 29 août 1806. J. P. 5.482.

2. V. notre rapport dans l'affaire Armand, Cass., 7 mai 1864, J. P., 1864, p. 982.

3. Cass., 3 fév. 1809, Bull. n. 23. — ** *Adde* Cass., 23 mai 1868 ; S. 69.1.144 ; — 8 juill. 1881 ; S. 82.1.287. — Cette théorie nous paraît au moins trop absolue. Si on suppose qu'un certain nombre des faits usuraires, suffisant pour constituer le délit d'habitude, ont été commis par le même agent au préjudice de la même personne, on ne voit pas pourquoi cette personne ne pourrait pas produire son action devant la juridiction correctionnelle. Nous irons même plus loin, et il nous semble qu'il n'y a pas de bonne raison pour refuser à la partie lésée par un seul fait usuraire le droit de se constituer partie civile dans une poursuite pour usure : si elle n'est pas lésée par un délit, elle l'est par une *fraction* de délit. V. en ce sens : Hoffman, *Questions préjudicielles*, I, nos 88 et suiv.

De ce principe on serait encore amené, par une déduction rigoureuse, à établir que, lorsque sur une poursuite criminelle le prévenu est déclaré non coupable, ou que le fait est dépouillé de toute sa criminalité, la juridiction criminelle ne doit plus s'ouvrir aux réclamations de la partie civile ; car l'exercice de l'action civile devant cette juridiction est essentiellement subordonné à l'exercice de l'action publique ; l'intérêt de l'ordre social est son objet principal, les intérêts privés ne sont pour elle qu'un objet accidentel et accessoire. Dès lors, si la poursuite s'évanouit, l'action civile qui s'appuyait sur elle, devenue principale, doit retourner à ses juges naturels. Cette conséquence est tellement exacte, que, dans la discussion du projet de Code d'instruction criminelle, elle fut l'objet d'une proposition de M. Berlier, qui fit observer que la demande en dommages-intérêts devait nécessairement, après l'acquittement prononcé, être la matière d'une instance nouvelle devant les tribunaux civils. Mais cet amendement fut repoussé d'après l'observation de MM. Cambacérès et Treilhard [1], « que les juges criminels ayant sous les yeux l'affaire tout entière, il était plus simple de la leur laisser juger en entier que d'en renvoyer une partie devant un tribunal civil ».

Le droit d'obtenir ces réparations ne se puise plus alors dans un délit, mais dans une faute, dans un quasi-délit commis par l'accusé. Il faut donc qu'on puisse, même après l'acquittement, lui imputer cette faute, pour qu'il ait à supporter la condamnation. Ainsi, la défense de soi-même, autorisée par la loi positive comme par la loi naturelle, exclut tout crime et délit ; elle exclut également toute faute. Il ne peut donc en résulter une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression, à moins que les bornes de cette défense n'aient été excédées, et, dans ce cas, ils seraient dus seulement *pro ratione excessûs* [2].

Enfin, le droit d'accorder les réparations civiles est, dans

1. Procès-verbaux du Conseil d'État ; Locré. t. 24, p. 336, et 25, p. 574.

2. Jousse, t. 1, p. 128 ; Merlin, v° *Réparation civile* ; Carnot, sur l'art. 358, C. instr. crim. ; Cass., 19 déc. 1817.

tous les cas, restreint à celles qui peuvent être dues à raison du fait de l'accusation. La Cour de cassation a posé elle-même cette barrière, en déclarant que : « ce droit qui constitue une attribution dérogatoire au droit commun, d'après lequel les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les intérêts civils, ne peut être étendu *à d'autres faits* [1]. » Ainsi, aucune indemnité ne pourrait être allouée à la partie plaignante à raison d'un fait qui n'aurait pas été compris dans la plainte ou dans l'acte d'accusation, quel que fût le dommage qu'elle eût éprouvé de ce fait.

Nous n'avons point le dessein de pénétrer plus avant dans cette matière, que la jurisprudence a trop souvent embarrassée par des solutions inconciliables ; elle n'appartient point à cet ouvrage [2]. Il nous a suffi d'indiquer les éléments principaux de la peine accessoire des dommages-intérêts, quel caractère doit offrir le préjudice causé pour en motiver l'application, à quelles limites enfin le juge doit arrêter les prétentions souvent irréfléchies des parties lésées. Nous aurons fréquemment, dans le cours de ce livre, l'occasion d'appliquer ces règles.

§ IV. — *De la condamnation aux frais.*

141. Les articles 52 et 55 du Code pénal, en établissant la solidarité des frais entre les condamnés et le mode de leur recouvrement, ont supposé, comme un principe préexistant, que les individus déclarés coupables d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, doivent supporter les frais auxquels la poursuite a donné lieu : ce principe se trouvait, en effet, écrit dans les articles 162, 194 et 368 du Code d'instruction criminelle. Nous allons examiner les règles qui dominent et régissent cette condamnation.

Sous l'empire de l'ordonnance de 1670, les accusés n'étaient point condamnés aux frais (tit. 25, art. 17). Lorsque la

1. Cass., 4 nov. 1831, Journ. du dr. crim., 1831, p. 258.

2. Cette matière est traitée avec tous les développements qu'elle comporte dans le Traité de l'instruction criminelle, t. 2, p. 307 et suiv.

poursuite était dirigée d'office et à la requête du ministère public, les frais en étaient supportés soit par le roi dans ses domaines, soit par les seigneurs dans leurs justices. Mais les amendes et les confiscations étaient destinées à couvrir ces déboursés. La preuve des faits justificatifs restait d'ailleurs, dans tous les cas, à la charge de l'accusé, quand il n'était pas insolvable.

Cette règle générale recevait une exception dans le cas où il y avait partie civile au procès ; cette partie était tenue de supporter tous les frais, à l'exception de ceux de nourriture des détenus, et même d'en faire l'avance, quel que fût l'événement du procès, elle n'avait de recours que contre le condamné [1].

L'Assemblée constituante maintint le principe de l'ordonnance de 1670 : l'article 1er de la loi du 27 septembre 1790 mit à la charge du trésor public les frais des poursuites criminelles faites à la requête des procureurs du roi ou d'office ; et ce principe, d'abord temporaire, puis confirmé par la loi du 20 nivôse an V et par l'arrêté du Gouvernement du 6 messidor an VI, continua d'être en vigueur jusqu'à la promulgation de la loi du 18 germinal an VII.

Cette dernière loi introduisit dans la législation une règle nouvelle et qu'elle a conservée ; elle déclara que tout jugement portant condamnation à une peine quelconque prononcerait en même temps contre le condamné, au profit de l'Etat, le remboursement des frais de la procédure. M. de Dalmas [2] a rappelé, dans son *Traité des frais de justice*, les vives contradictions que cette loi éprouva au Conseil des Anciens : M. de Malleville, rapporteur de la commission, en proposa le rejet. Le désir de soulager le trésor d'une charge pesante fut le principal motif de son adoption ; et ce même motif amena la loi du 5 pluviôse an XIII, qui reprit à l'ancien droit la disposition qui étendait aux parties civiles la responsabilité des frais.

1. Jousse, t. 2, p. 303 et 838 ; Bacquet, Traité des Droits de justice, ch. 7, n. 23 ; Rousseaud de La Combe, p. 226 et 243.

2. Des frais de justice en matière criminelle, Introd., 22.

Ces deux règles ont été consacrées par nos Codes. Aux termes des articles 162, 176, 194, 211 et 368 du Code d'instruction criminelle, tout jugement de condamnation doit assujettir le condamné au remboursement des frais ; et la partie civile, lorsqu'elle succombe dans sa poursuite, doit supporter la même peine.

142. Avant d'arriver à l'interprétation que ces dispositions ont reçue des tribunaux, arrêtons-nous un moment à examiner la raison qui les a dictées.

Le principe qui met les frais des poursuites à la charge des condamnés a été contesté par des esprits très judicieux. Ils regardent que la justice est une dette de l'État, et que c'est à l'Etat à en payer les frais ; telle est la pensée qui s'était manifestée dans la loi du 27 septembre 1790. Et puis, les coupables sont déjà frappés d'une peine que la loi a proportionnée à la gravité du délit ; est-il juste de leur faire supporter une peine additionnelle, qui détruit l'harmonie de la première punition, et qui, variable à l'infini, suivant les divers besoins de la procédure, échappe à la fixation du juge, et tombe accablante ou légère sur des prévenus dont la culpabilité est la même ? Enfin, les frais d'une information judiciaire ne sont point, comme les dommages-intérêts, la conséquence immédiate et directe du fait de l'accusé ; ils prennent leur source, non dans le délit, mais dans la poursuite, dans l'action exercée par la société pour la répression : l'accusé doit-il supporter la conséquence des formes plus ou moins onéreuses, plus ou moins prolongées de cette action ?

Ces considérations, quelque spécieuses qu'elles soient, ne nous paraissent point suffisantes pour rejeter, en principe, une telle condamnation. En effet, commettre un délit, c'est contracter avec la société, c'est s'imposer l'obligation de la réparation exigée par la loi ; car toute transgression des lois entraîne l'obligation d'une réparation ; c'est là la sanction, la condition même de l'ordre social : or, cette réparation ne consiste pas seulement dans une application publique et solennelle de la peine ; elle ne serait pas complète si elle ne comprenait pas toutes les suites du délit. Ainsi les dommages-intérêts sont la compensation du mal privé qu'il a causé ;

ainsi le remboursement des frais est la réparation du dommage produit par les poursuites. Or, ces poursuites ne sont point un fait étranger au prévenu et dont il ne doive pas répondre, car elles sont la conséquence sociale du fait qu'il a commis, l'exécution du contrat qu'il a implicitement consenti; il doit donc en supporter les frais, s'il succombe dans ces poursuites. On objecte que la justice est une dette de l'État; mais ne faut-il pas faire ici une distinction? L'État supporte et doit supporter toutes les dépenses qui tiennent à l'institution générale des tribunaux. Mais celles qui n'ont pour but que d'arriver à la vérification d'un fait, telles que les indemnités attribuées aux témoins ou aux experts, peuvent sans injustice peser sur son auteur, car elles se rattachent immédiatement à ce fait, elles y ont puisé leur source, elles n'ont existé que par suite de sa perpétration, elles constituent un véritable dommage civil que le coupable doit réparer. Et puis, il faut que ces frais tombent, en définitive, à la charge de l'accusé ou de la société; or, pourquoi en exonérer l'un qui est coupable de la faute qui les a nécessités, pour les faire peser sur tous les membres de la société, qui n'ont pris aucune part à cette faute?

143. Mais de là même il résulte que cette responsabilité doit être circonscrite dans certaines limites : toutes les dépenses qui cessent d'être la conséquence immédiate et nécessaire du fait poursuivi, qui ne sont pas indispensables à la vérification de ce fait, ne pourraient avec justice être mises à la charge du condamné. Cette conséquence est trop évidente pour qu'on doive s'y arrêter. C'est ainsi que les frais frustratoires, tels que les assignations de témoins inutiles, les expertises dont la nécessité n'est pas rigoureusement démontrée, ne devraient pas être recouvrés sur l'accusé qui a succombé, parce que ces frais ne sont pas la conséquence nécessaire du fait qu'il a commis. C'est ainsi encore qu'il est trop rigoureux de lui faire supporter les frais d'une double procédure, lorsque la première n'a dû son annulation qu'à l'omission ou à la violation d'une forme, et que cette violation est le fait des juges et non de cet accusé [1].

1. * * Jugé que les frais de la procédure à recommencer doivent être

Au reste, si la société se reconnaît le droit de demander une indemnité pour les frais de poursuites à celui de ses membres qui a donné lieu à ces poursuites par son délit, elle doit reconnaître à l'accusé dont l'innocence est proclamée le droit non moins évident d'en exiger une lui-même. Et quelle dette plus légitime que celle d'une indemnité pour cet homme que la société a humilié sous une accusation fausse, qu'elle a fait asseoir sur le banc des criminels, qu'elle a flétri de ses soupçons, qu'elle a arraché à ses affaires, à sa profession, à sa famille, pour lui donner des fers ! Quelle réparation plus sacrée que celle d'une si terrible injustice ! Qui oserait dire que cette réputation polluée par le seul souffle de l'accusation, que ces inquiétudes, ces soucis dévorants qu'elle entraîne avec elle, ne réclament aucun dédommagement ? Nous ne prétendons point assurément que tout acquittement dût être suivi d'une indemnité ; les juges, investis à cet égard d'un bienfaisant pouvoir, devraient en circonscrire l'exercice au cas où l'accusation aurait été injustement intentée, où elle aurait fait éprouver un préjudice quelconque à l'accusé, car cette poursuite serait alors le fait de la société et non de l'accusé, et il serait juste qu'elle supportât comme celui-ci la responsabilité du dommage qu'elle aurait causé. Cependant le législateur, sans nier la sainteté de cette dette, n'aura longtemps encore qu'un regard d'indifférence pour les nombreux accusés qui viennent annuellement sur le banc des coupables entendre, après de longs jours d'angoisses, un verdict d'acquittement ; car cette réparation serait une charge, modique à la vérité, mais nouvelle, à ajouter à la charge déjà si lourde des frais de justice [1].

mis à la charge du greffier qui est en faute (Cass., 2 mai 1873 ; Bull. n. 119). — Décidé encore que le jugement déclaratif d'incompétence ne peut mettre les frais à la charge du prévenu (Cass., 21 août 1873 ; Bull. n. 238).

1. * * Et puis cela créerait deux espèces d'acquittements bien différents: l'un qui serait une proclamation solennelle d'innocence et réhabiliterait l'accusé aux yeux de tous en le transformant en martyr ; l'autre qui ne serait qu'un aveu d'impuissance de la justice sociale, qui n'ose frapper, faute de preuves suffisantes, un individu que les juges tiennent cependant pour coupable ! Cette considération nous paraît bien plus grave que celle de la charge qui en résulterait pour la société.

144. La condition des parties civiles a également été trouvée trop onéreuse par quelques publicistes ; ils ont vu dans la condamnation aux frais qu'elles peuvent encourir, une entrave au droit de plainte que la loi ouvre à toutes les personnes lésées par un crime ou un délit. Cependant, si la partie civile ne doit supporter le fardeau des frais de la procédure que lorsqu'elle a succombé dans la poursuite qu'elle avait exercée, nous ne trouvons dans cette responsabilité aucune injustice réelle. C'est la stricte application de cette règle du droit qui met les dépens à la charge de la partie qui perd son procès. Et peut-être, d'ailleurs, est-il salutaire d'imposer un frein à des poursuites légères, à des imputations inconsidérées, de faire supporter une sorte de peine à l'accusateur privé dont la plainte, quoique pure d'intention calomnieuse, est néanmoins dénuée de fondement. Mais il est évident que cette condamnation dépasserait les limites du juste, si la partie civile était reconnue fondée dans sa plainte ; car de quoi la punirait-on ? est-ce d'une poursuite légitime ? est-ce du préjudice qu'elle a souffert ?

145. Reportons-nous maintenant aux dispositions de la loi. Nous avons vu que les articles 162, 194 et 368 du Code d'instruction criminelle ont établi comme droit commun que le prévenu, l'accusé et la partie civile qui succombent doivent être condamnés aux frais. Il faut en inférer, comme une conséquence naturelle, que les frais cessent d'être à la charge des prévenus, des accusés ou des parties civiles, *lorsqu'ils n'ont pas succombé* dans la poursuite qu'ils ont exercée ou dont ils ont été l'objet. Cependant cette conséquence n'est admise par la jurisprudence qu'avec de certaines restrictions, surtout à l'égard des parties civiles.

Le décret impérial du 18 juin 1811, portant règlement sur les frais de justice, avait méconnu les textes du Code, en disposant, dans son article 157, que les parties civiles, *soit qu'elles succombent ou non*, seraient personnellement tenues des frais ; et c'est pour maintenir une responsabilité aussi exorbitante qu'illégale, que la Cour de cassation dut déclarer que ce décret avait *force de loi* [1]. Mais, en admettant cette

1. Cass., 3 mai 1813, 27 mai 1819, 7 juill. 1820, 29 janv. 31 juill. et 12 nov. 1829, etc.

force législative d'un simple décret, il faut admettre en même temps que la nouvelle promulgation du Code d'instruction criminelle a dû avoir à son tour pour effet nécessaire d'annihiler l'article 157 du décret comme étant contraire à ses dispositions. Toutefois cette abrogation implicite a été contestée.

On s'est fondé sur les deux paragraphes que la loi du 28 avril 1832 a ajoutés à l'article 368. En effet, cet article ne contenait que cette seule règle : « L'accusé ou la partie civile qui succombera sera condamné aux frais envers l'État et envers l'autre partie. » Et le législateur l'a fait suivre de cette double disposition : « Dans les affaires soumises au jury, la partie civile qui n'aura pas succombé ne sera jamais tenue des frais. Dans le cas où elle en aura consigné, en exécution du décret du 18 juin 1811, ils lui seront restitués. » Or, on a inféré de ces mots : *dans les affaires soumises au jury*, que la loi a voulu laisser subsister la responsabilité des frais sur la partie civile *qui ne succombe pas* dans les affaires qui ne sont pas soumises au jury ; et de ceux-ci : *en exécution du décret du 18 juin 1811*, que son intention a été de prêter force et vie aux dispositions de ce décret réputées illégales.

146. On doit remarquer d'abord que l'article 157 du décret n'est pas seulement contraire à l'article 368, mais qu'il contrarie également les articles 162 et 194, relatifs aux matières correctionnelles et de police. L'illégalité qui frappait cette disposition vis-à-vis de l'article 368 l'atteint aussi à l'égard des autres. Dans les matières correctionnelles et de police, pas plus que dans les matières criminelles, la partie civile ne peut être condamnée aux frais quand elle ne succombe pas ; le même principe domine toutes les juridictions : le Code en fait la règle de toutes les procédures.

On se réfugie dans les termes du deuxième paragraphe de l'article 368, qui dispense la partie civile de la responsabilité des frais, lorsque dans les affaires soumises au jury elle n'a pas succombé. Mais quel est l'effet de cette disposition ? C'est uniquement de déduire du premier paragraphe sa conséquence nécessaire, conséquence d'ailleurs évidente et qu'on eût pu même se dispenser d'exprimer. Peut-on voir dans ces expres-

sions quelque restriction à l'égard des affaires correctionnelles ou de police? Cette restriction a-t-elle été exprimée quelque part? La trouve-t-on dans les motifs de la loi, dans les discussions des Chambres?

Le texte et les discussions sont également muets. Les deux nouveaux paragraphes de l'article 368 ont été introduits par la commission de la Chambre des pairs, dans le dessein hautement proclamé de réformer l'article 157 du décret : « On a demandé, disait M. de Bastard, que *dans tous les cas* où une partie civile n'a pas succombé, elle ne pût jamais être passible des frais qu'elle aurait avancés ; car vous savez que toute partie civile est obligée d'avancer les frais, lorsque c'est à sa requête que l'on poursuit un individu qu'elle prétend avoir commis un crime à son préjudice. Si la partie civile gagne son procès, c'est-à-dire si l'individu accusé de crime est condamné, cet individu, s'il est solvable, paye tous les frais. Mais il avait été établi par la jurisprudence que la partie civile était tenue de payer ces frais à l'État, si la partie condamnée n'était pas solvable. C'est cet état de choses qu'on a proposé de changer : on a demandé que *jamais* la partie civile qui n'a pas succombé ne fût tenue des frais. Il a fallu de plus régler quelque chose sur les frais avancés par la partie civile, et, par une disposition spéciale, il a été dit que les frais lui seraient restitués. »

Ainsi le législateur part d'une règle générale : il veut l'appliquer à tous les cas ; c'est une jurisprudence illégale qu'il abolit ; il rétablit le droit commun. Or, quel est ce droit commun? C'est la dispense des frais pour tous les cas où la partie n'a pas succombé. Pour soustraire les parties civiles, en matière correctionnelle et de police, au bienfait de ce droit commun, il eût fallu une disposition formelle, une exception positive, et on ne la trouve nulle part.

Il faudrait admettre que l'article 157 du décret continuerait à frapper d'impuissance les articles 162 et 194 du Code d'instruction criminelle, tandis qu'il est lui-même annulé par l'article 368 ; abrogé pour les matières soumises au jury, il serait en vigueur encore pour les matières correctionnelle et de police. Mais le législateur n'a laissé nulle trace d'une telle

distinction ; nulle part il n'a réservé cette moitié d'un article abrogé. En supposant (ce que nous sommes loin d'admettre) que cet article ait joui d'une force légale avant la nouvelle promulgation du Code d'instruction criminelle, le législateur la lui a enlevée, en promulgant l'article 162 qui ne permet de condamner aux frais, en matière de police, que la partie qui succombe, en promulgant l'article 194 qui répète la même règle dans les matières correctionnelles. Il avait donc déjà cessé d'exister en ces matières, quand l'article 368 a étendu cette abrogation aux matières criminelles.

Faut-il voir dans le 3e § de cet article une sanction donnée à toutes les dispositions du décret auxquelles ce même article ne déroge pas ? Ce paragraphe n'a eu qu'un seul but, c'est d'attribuer une force légale à l'article 160 du décret du 18 juin 1811, concernant les consignations préalables des frais. On sait en effet que cet article, de même que l'article 157, avait empiété sur le pouvoir législatif, en mettant à l'exercice du droit de citer en justice, consacré par l'article 182 du Code, la condition d'une consignation qui n'était pas dans la loi. Un grand nombre de tribunaux avaient refusé d'appliquer cette disposition ; de là la nécessité de la légaliser en sanctionnant les consignations faites en exécution de cet article ; et, quoique cette sorte de sanction puisse ne pas être trouvée à sa place dans l'article 368, qui ne s'occupe que des matières criminelles, puisque la consignation n'a jamais eu lieu dans ces matières, tel est cependant le seul sens, le but unique du § 3 de cet article.

Enfin, comment justifier une distinction entre les affaires correctionnelles et les affaires criminelles ? Si la responsabilité de la partie civile est injuste dans celles-ci quand elle ne succombe pas, comment deviendrait-elle juste dans les autres? Dans l'un comme dans l'autre cas, cette responsabilité est la peine d'une plainte légère, d'une action imprudente ; or, lorsqu'elle n'a à se reprocher aucune faute, lorsqu'elle a poursuivi à juste titre, lorsque celui qu'elle poursuivait a été condamné, comment, même en matière correctionnelle, lui faire supporter les frais de la poursuite ? Quel prétexte invoquer pour les mettre à sa charge ? Doit-on la punir par sa ruine

d'avoir rendu un service à la société en amenant la condamnation d'un coupable ? La société d'ailleurs n'y gagnerait point : « Il est hors de doute, a dit M. de Dalmas, que cette responsabilité trop étendue de la partie civile devait détourner de prendre cette qualité, et qu'ainsi les auteurs du règlement avaient agi contre le but qu'ils se proposaient, et qui était de diminuer les frais à la charge de l'État ; car, en écartant les parties par les conditions trop onéreuses qu'on leur imposait, il est évident qu'on rendait plus considérable le nombre des procès d'office, c'est-à-dire ceux dont les frais sont, dans tous les cas, supportés par le Trésor, sauf le recours si incertain contre les condamnés [1]. »

Nous pensons donc que la partie civile *qui ne succombe pas* devrait jouir du bénéfice consacré par l'article 369, soit dans les affaires soumises au jury, soit dans celles qui sont portées devant les tribunaux correctionnels. Mais cette opinion, quoiqu'elle ne soit pas formellement contestée au point de vue du droit, n'a point été admise dans la pratique [2]. Ainsi la règle fondamentale qui veut que la responsabilité des frais ne pèse que sur les parties qui ont succombé, soit dans les poursuites exercées contre elles, soit dans celles qu'elles exerçaient elles-mêmes, ne s'applique que partiellement aux parties civiles. Cette règle va devenir féconde dans ses applications.

147. Sa première conséquence est que l'accusé ou le prévenu ne peut encourir une condamnation aux frais que dans le cas d'une condamnation principale à une peine. Car, quand un accusé succombe-t-il ? Il ne succombe que lorsqu'il est condamné sur un chef d'accusation, lorsqu'il encourt une peine quelconque. Et c'est là aussi le véritable sens de l'article 368 ; car il faut rapprocher cet article des articles 162 et 194 qui ne sont que la reproduction du même principe ; or, du texte de l'article 194, il résulte formellement que la condamnation aux frais ne peut être prononcée qu'accessoirement à un *juge-*

1. Des frais de justice en matière criminelle, p. 388.
2. *Ibid.*, p. 387 et 388 ; et Supplément au Commentaire du Code d'instruction criminelle, p. 165.

ment de condamnation rendu contre le prévenu [1]. Cependant la jurisprudence a varié dans l'application de ce principe.

Ainsi la Cour de cassation, après avoir longtemps jugé que l'accusé qui est *absous*, soit parce qu'il est en démence, soit parce que le fait ne constitue ni crime ni délit, ne peut devenir passible des frais [2], avait adopté une opinion contraire, en se fondant sur ce que, disent ses arrêts, cet accusé était convaincu d'un fait *préjudiciable* qui avait dû provoquer contre lui des poursuites judiciaires [3]. Il y avait dans cet argument une évidente confusion. Ce fait portait-il préjudice à la société entière, ou seulement à des intérêts privés ? Dans le premier cas, il y avait délit, et, aux termes de la loi, l'accusé devait répondre des frais. Dans la deuxième hypothèse, les parties lésées pouvaient seules se pourvoir par la voie civile. Or, lorsqu'un accusé est absous, toutes traces d'un délit disparaissent, car il n'y a délit légal qu'autant que le fait est punissable. L'accusation n'est pas fondée, puisqu'elle demandait une condamnation et qu'elle succombe. Or, comme les frais sont la conséquence du fait de cette poursuite légèrement exercée, et non de l'accusé, ils ne doivent pas retomber sur celui-ci. « Que ce soit, a dit M. Carnot, par voie d'*acquittement*, d'*absolution* ou de *renvoi*, que le prévenu ou l'accusé gagne sa cause, il ne peut être condamné au remboursement des frais avancés par le trésor public, attendu que, de quelque manière que le jugement ait été prononcé, il en résulte que l'accusé ou le prévenu ne s'était pas rendu coupable d'un délit *punissable*, et que ce n'est que des délits *punissables* dont il peut être fait des poursuites en matière criminelle, correctionnelle ou de police [4]. »

1. ** Jugé, en conséquence de ce principe, qu'il y a lieu d'annuler par voie de retranchement la partie d'un jugement de simple police qui déclare responsable des frais (et de l'amende) le mandataire qui a été chargé de représenter l'inculpé à l'audience (Cass., 19 et 28 décembre 1872 ; Bull. nos 328 et 335).

2. Cass., 18 mess. an X, 18 germ. et 17 vent. an XII, 14 déc. 1809.

3. Cass., 9 déc. 1830, 2 juin 1831. Journ. du dr. crim., art. 629, 714 et 760.

4. Commentaire du Code pénal. t. I, p. 64.

Cette opinion se trouve aujourd'hui, en partie, confirmée par la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, qui reconnaît aux Cours d'assises la faculté de décharger l'accusé de la condamnation aux frais [1]; mais la Cour de cassation veut en même temps qu'elles examinent si l'accusé n'a pas occasionné par son fait les frais de la procédure, et, dans ce cas, elle les met à sa charge à titre de dommages-intérêts. L'accusé a succombé ou n'a pas succombé dans la poursuite dirigée contre lui ; les frais doivent être prononcés accessoirement à une condamnation principale, ou ils ne doivent pas l'être. Il n'est peut-être pas exact de les assimiler aux dommages-intérêts. Les frais, ainsi qu'on l'a déjà remarqué, ne sont pas la conséquence immédiate du fait poursuivi, mais bien de la poursuite elle-même. Que si l'accusé encourt une peine et que la poursuite soit ainsi reconnue fondée, on peut lui faire supporter le préjudice causé à l'État par cette poursuite. Mais quand il a triomphé de l'accusation, cette sorte de fiction ne peut plus être invoquée ; car, c'est à tort que la poursuite a été dans ce cas exercée ; le fait de cette poursuite ne peut lui être imputé ; il ne l'a point provoqué, il n'en est point responsable, à moins que, comme au cas de prescription acquise par le contumax qui n'est reconnu coupable que d'un délit, il n'ait réellement encouru la responsabilité du fait de la procédure [2].

Cette opinion a été sanctionnée par la Cour de cassation dans le cas de démence. Elle a, en effet, rejeté le pourvoi du ministère public, fondé sur ce qu'un accusé absous pour cause de démence n'avait pas été condamné aux frais, « attendu que, selon les art. 162 et 368, conformes au droit commun, le juge ne doit condamner aux frais que la partie qui succombe; que le fait de celui qui était en état de démence au temps de l'action n'est pas susceptible d'imputation ; que, s'il ne constitue ni un crime ni un délit, il ne peut constituer non plus

1. Cass., 9 fév. 1854, Bull. n. 31.

2. Cass., 10 mai 1843, Journ. crim., t. 15, p. 216; 29 avril 1837, Bull. n. 139.

un quasi-délit qui le soumette à une réparation civile [1] ». Il n'en serait plus ainsi si l'accusé avait été, non pas absous, mais exempté de toute peine à raison d'un fait d'excuse légale, par exemple d'avoir, dans une accusation de fausse monnaie, procuré l'arrestation de ses complices ; l'utilité de la poursuite est démontrée, dans ce cas, par la déclaration de culpabilité qui en a été la suite [2].

148. Le prévenu de moins de 16 ans, qui a été déclaré coupable, et acquitté comme ayant agi sans discernement, doit-il être tenu des frais ? La jurisprudence de la Cour de cassation n'a point cessé d'être affirmative sur cette question [3]. Elle repose sur cet unique motif, que le mineur, alors même qu'il est acquitté à raison de son âge, a donné lieu à la poursuite, *dedit locum inquirendi*, puisque le fait est reconnu constant. On peut objecter encore que les juges, en déclarant que l'enfant a agi sans discernement, excluent nécessairement l'intention criminelle ; car comment concevoir cette intention, si l'accusé n'a pas eu l'intelligence de son action ? Cette déclaration équivaut à un plein et entier acquittement ; elle exempte de la peine, elle efface le crime. Opposera-t-on que les juges peuvent prononcer la détention dans une maison de correction ? Mais la Cour de cassation a reconnu elle-même que cette détention n'était pas une peine, et n'avait d'autre caractère que celui d'une correction domestique ; et ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est que la loi a mis au choix des juges de rendre l'enfant à sa famille, ou de le renfermer

1. Cass., 16 et 22 déc. 1831, 4 janvier 1833, Journ. du dr. crim., art. 793 et 1064. — ** V. encore, pour le cas où l'absolution est fondée sur l'extinction de l'action publique par prescription ; Cass., 15 janv. 1885 ; Bull. n° 26.

2. Cass., 24 juill. 240, Bull. n. 212.

3. Cass., 6 août 1813, Bull. n. 170 ; 19 mai 1815, *ibid.*, n. 33 ; 17 mars 1823, *ibid.*, n. 44 ; 30 avril 1825, *ibid.*, n. 81 ; 12 fév. 1829, *ibid.*, n. 35 ; 5 janv. 1832, *ibid.*, n, 1 ; 13 avril 1832, *ibid.*, 134 ; 25 juin 1835, *ibid.*, 261 ; 22 sept. 1836, *ibid.*, n. 309 ; 26 mai 1838, *ibid.*, n. 141 ; 12 fév. 1841, *ibid.*, n. 86 ; 10 juin 1841, *ibid.*. n. 142 ; 12 août 1843, *ibid.*, n. 205 ; 11 oct. 1845, *ibid.*, n. 321, etc, ; 10 nov. 1871 ; Bull. n° 147. — ** *Adde* Cass., 7 janv. 1876 ; S, 76.1.96 ; — 10 février 1876 ; Bull. n° 45.

dans une maison de correction : d'où il suit que cette dernière mesure ne doit être prise, dans l'esprit de la loi pénale, que dans le cas où la famille n'offre aucune garantie pour l'amendement du jeune prévenu. En définitive, est-il possible de soutenir que ce prévenu a succombé, lorsqu'il est, non pas seulement absous, mais, selon les termes formels de l'art. 66 du Code pénal, pleinement acquitté ? Comment concilier cet acquittement avec les termes de l'art. 368 du Code d'instruction criminelle ?

149. Lorsque le prévenu poursuivi pour un délit n'a été reconnu coupable par le tribunal correctionnel que d'une simple contravention, est-il tenu de tous les frais de l'instance ? Quelques tribunaux avaient pensé que la condamnation aux frais ne devait comprendre, dans ce cas, que ceux de ces frais qui se rattachent à la contravention. La Cour de cassation a pensé que cette distinction était contraire à l'esprit de l'art. 194, et que son application serait d'ailleurs le plus souvent impossible, parce qu'on ne pourrait discerner le point précis de la procédure où des faits matériels, originairement poursuivis comme délits, se seraient transformés dans l'esprit des juges en simple contravention [1]. En stricte équité, cette jurisprudence pourrait être critiquée, car il n'est pas juste de rendre l'auteur d'une contravention passible des frais d'une poursuite correctionnelle par cela seul que le fait a été mal qualifié dans la plainte. Mais la disposition absolue des art. 162 et 194, et la difficulté pratique de tracer une ligne de séparation au milieu des frais de la procédure doivent faire adopter le système de la Cour de cassation. La responsabilité des frais est légitimée par la condamnation intervenue, encore bien qu'elle n'ait amené que des peines moindres que celles qui étaient annoncées par le titre primitif de la poursuite. La même solution s'applique aux poursuites pour crimes qui n'ont eu pour résultat que la constatation de simples délits [2]. Mais il n'en serait plus ainsi si, acquitté de l'accusation, l'accusé a encouru

1. Cass., 25 avril 1833, Journ. du dr. crim., p. 183.
2. Cass., 3 fév. 1855, Bull. n. 31.

seulement des dommages-intérêts ; car il n'a pas succombé dans l'action publique dont il s'agit d'acquitter les frais [1].

150. Quelques tribunaux sont dans l'usage, lorsque, statuant sur l'appel d'un prévenu, ils ordonnent la réassignation des témoins entendus en première instance, de mettre les frais de la citation à la charge de ce prévenu. La Cour de cassation avait blâmé cette mesure illégale par arrêt du 30 novembre 1832[2], en déclarant « que ces frais doivent nécessairement être mis à la charge de la partie qui succombera en définitive » ; mais un autre arrêt du 30 janvier 1835[3], en rejetant le pourvoi formé contre un jugement qui avait adopté ce même mode, a paru déroger à ce principe. Toutefois le véritable motif du rejet est que le jugement n'avait porté aucun préjudice au prévenu, parce qu'ayant été condamné en définitive, tous les frais du procès retombaient nécessairement sur lui. L'excès de pouvoir n'en est pas moins manifeste. Un tribunal peut accorder ou refuser en appel l'audition des témoins à décharge ; mais il ne peut subordonner cette audition à une condition onéreuse ; car cette condition peut entraver la défense. L'art. 321 du Code d'instruction criminelle ne fait d'ailleurs supporter aux accusés que les citations de témoins à décharge faites à leur requête ; et si les autres citations devaient être avancées par le prévenu, il en résulterait que, même en ne succombant pas dans sa poursuite, il se trouverait supporter les frais, ce qui serait contraire à la règle que nous avons posée, et qui doit être maintenue avec d'autant plus d'exactitude qu'elle rentre aujourd'hui dans l'esprit de l'art. 30 de la loi du 22 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire [4].

Cette règle a été appliquée avec justesse par la Cour de cassation aux frais de l'appel. Si l'appel formé *à minimâ* par le

1. Cass., 6 mai 1862, Bull. n. 147.
2. Journ. du dr. crim., 1832, p. 209.
3. Jour. du dr. crim., 1835, p. 30.
4. Voici les termes de cet article : « Les présidents des Cours d'assises et les présidents des tribunaux correctionnels pourront, même avant le jour fixé pour l'audience, ordonner l'assignation des témoins qui leur seront indiqués par l'accusé ou le prévenu indigent, dans le cas où la déclation de ces témoins serait jugée utile pour la découverte de la vérité. »

ministère public seul a été rejeté, le prévenu ne doit pas en supporter les frais, car il a obtenu gain de cause dans cette seconde poursuite [1] ; mais, s'il a lui-même interjeté appel, les frais sont à sa charge, soit que son sort ait été aggravé sur cet appel, soit que la peine ait été diminuée ; car, malgré cette modération de la peine, la condamnation dont il provoquait la réforme a été confirmée [2]. Et il en serait encore ainsi lors même que le ministère public aurait seul interjeté appel, et que la condamnation n'aurait point été aggravée sur cet appel, si l'appel était motivé sur ce que le jugement avait admis la fausse allégation du prévenu qu'il était âgé de moins de 16 ans, et si le juge d'appel a reconnu qu'il était fondé sous ce rapport, quoique, par d'autres motifs, il n'ait pas aggravé la peine [3].

151. Notre principe reçoit toutefois une exception qui a été formulée dans le Code. L'article 478 du Code d'instruction criminelle dispose que le contumax qui, après s'être représenté, obtiendra son renvoi de l'accusation, sera toujours condamné aux frais occasionnés par la contumace. L'article 187 du même Code laisse également à la charge du prévenu condamné par défaut et qui forme opposition, les frais de l'expédition et de la signification du jugement par défaut et de l'opposition, même en cas d'acquittement sur son opposition [4] ; mais, dans l'une et l'autre hypothèse, ces frais contiennent une sorte de pénalité dont la loi a voulu frapper celui qui se dérobe par la fuite à la justice. La Cour de cassation a étendu cette responsabilité à l'accusé qui se représente avant même qu'il ait été procédé au jugement de la contumace [5].

152. La partie civile reçoit l'application de la même règle dans des espèces qui sont fort délicates. Aucune incertitude

1. Cass., 22 nov. 1828 et 19 fév. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 75 8 avril 1854, Bull. n. 126.

2. 15 oct. 1830, 3 sept. 1831.

3. Cass., 10 fév. 1853, Bull., n. 53.

4. Cass., 21 août 1852, Bull. n. 293.

5. Cass., 2 déc. 1830. Journ. du dr. crim., 1831, p. 117.

ne peut exister quand l'accusé ou le prévenu est déclaré coupable, ou quand il est acquitté. Dans le premier cas, elle n'est jamais tenue d'aucuns frais; dans l'autre, ils sont à sa charge. S'il est absous, soit pour cause de démence, soit parce que le fait ne constitue ni crime ni délit, la partie civile succombe-t-elle ? Cette question eût présenté quelque difficulté sous l'ancienne jurisprudence, qui considérait l'accusé *absous* comme ayant succombé. Mais, puisqu'il est aujourd'hui reconnu que l'accusé n'est réputé *succomber* que lorsqu'il est l'objet d'une condamnation, il en résulte naturellement que c'est alors la partie poursuivante, la partie civile, qui succombe. On peut objecter, à la vérité, que la poursuite était fondée, puisque le fait dont elle se plaignait est vrai et constaté. La réponse est qu'elle doit s'imputer d'avoir mal apprécié la position morale du prévenu ou la criminalité du fait.

Toutefois la question devient plus délicate si la partie civile a obtenu des restitutions ou des dommages-intérêts, tandis que l'accusé a été absous ou même acquitté. On peut trouver une sorte de corrélation entre le renvoi de celui-ci et la condamnation aux frais de la partie ; il semble que, dès que le premier n'a pas succombé dans la poursuite, cette partie devrait nécessairement être considérée comme ayant succombé elle-même, puisque l'action publique qu'elle a provoquée a été anéantie. Si l'on se reporte aux termes de l'article 368, qui déclare que la partie civile qui n'aura pas succombé ne sera jamais tenue des frais ; si l'on remarque que tout procès criminel dans lequel une partie civile est jointe, renferme deux actions distinctes, l'action publique et l'action civile, indépendantes l'une de l'autre, et que cette dernière action n'a d'autre but que la réparation civile du dommage, on en conclura sans doute que la partie qui a obtenu cette réparation, qui a atteint la seule fin qu'elle se proposait, qui, en un mot, a gagné son procès, ne peut être réputée avoir succombé, condition nécessaire pour encourir la charge des frais.

La solution serait-elle différente si l'accusé avait encouru une peine, et si la partie civile avait à la fois succombé dans son action privée ? Nous pensons que la partie civile ne devrait pas être tenue des frais. A la vérité, elle a succombé

dans ses intérêts civils, mais l'action publique a triomphé ; il y a eu condamnation. Dès lors on ne peut dire que la partie civile ait induit l'État en frais frustratoires, puisque l'intérêt de la société appelait la répression du délit. Il serait trop rigoureux de rendre le plaignant responsable des frais, lorsque le fait qu'il dénonçait constituait un délit, et que la plainte a servi à le faire punir.

Nous ne pousserons pas plus avant ces hypothèses ; les solutions qui précèdent serviraient d'ailleurs à résoudre celles qui pourraient se présenter. Il nous reste à faire observer qu'aux termes de l'article 158 du décret du 18 juin 1811, sont assimilés aux parties civiles, toute administration publique, dans les procès suivis même d'office et dans son intérêt, les communes et les établissements publics, dans les procès instruits également même d'office, mais seulement pour crimes ou délits commis contre leurs propriétés. La Cour de cassation a toutefois restreint la responsabilité que cette disposition prononce aux cas où l'administration a un intérêt *matériel et pécuniaire*, et où elle a été présente ou appelée au procès[1]. Mais cette restriction, puisée dans les règles du droit commun, est évidemment contraire aux règles exceptionnelles que le décret a posées et qui pouvaient paraître excéder les limites du pouvoir réglementaire[2].

153. Les frais que la loi a mis à la charge des condamnés ou des parties civiles, et qui peuvent être recouvrés contre eux, se composent des frais de transport des prévenus et des procédures, des frais d'extradition, des honoraires et vacations des experts et médecins, des indemnités allouées aux témoins, des frais de garde de scellés et de mise en fourrière, des droits d'expédition et autres alloués aux greffiers, des salaires des huissiers, des frais de transport des officiers de justice sur le lieu du crime, ainsi que de ceux de voyage et de séjour auxquels l'instruction donne lieu, enfin de toutes les dépenses extraordinaires qu'une procédure peut entraîner

1. Cass., 19 mars 1830, Journ. du dr. crim., 1831, p. 223.
2. V. à cet égard M. de Dalmas, Des frais de justice, p. 400.

pour arriver à la découverte de la vérité [1]. Toutefois les honoraires des avoués en matière correctionnelle n'en font pas partie, puisque le ministère de ces officiers n'est pas exigé par la loi : c'est à la partie qui les emploie à en supporter la charge [2].

154. Le principe de la solidarité s'applique aux frais comme aux amendes, aux restitutions et aux dommages-intérêts. Tous les auteurs et complices du même crime ou délit sont tenus *solidairement* de leur paiement. Mais il ne suffit pas que plusieurs individus soient compris dans la même accusation [3] : la solidarité n'est plus applicable si les faits sont distincts [4], et, dans ce cas, le juge doit déterminer la part afférente à chaque fait [5]. L'art. 156 du décret du 18 juin 1811 étend ce lien civil aux auteurs et complices du *même fait*, ce qui pourrait atteindre les auteurs et complices des simples contraventions [6] ; mais si l'on ne reconnaît à ce décret d'autre force que celle d'un règlement, il faut se reporter, pour interpréter cette disposition, à l'article 55 du Code pénal dont elle avait pour objet d'assurer l'exécution, et restreindre la solidarité, comme cet article l'a fait, aux frais qui résultent des crimes ou des délits.

Les règles que nous avons exposées sur la solidarité des

1. Art. 2, 136 et 157 du décret du 18 juin 1811. V. le Traité des frais de justice de M. Dalmas, p. 3 et suiv.

2. Cass., 12 avril 1821, Bull. n. 57 ; 29 oct. 1824, *Ibid.*, n. 155 ; 31 janv. 1833, *ibid.*, n. 24 ; 2 avril 1836, *ibid.*, n. 106 ; 7 avril 1837, *ibid.*, n. 105 ; 26 avril 1856, *ibid.*, n. 164 ; — et, en sens contraire, Cass., 12 mars 1851 ; Bull. n. 88. — * * La dernière jurisprudence de la Cour suprême paraît faire la distinction suivante : En principe, les honoraires des défenseurs, non plus que les droits et honoraires des avoués ne sont pas compris dans es frais de justice. Il ne peut être dérogé à ce principe qu'autant que l'exception serait justifiée par les nécessités de la cause, auquel cas les juges sont tenus de constater ces nécessités d'une manière expresse (Cass., 24 juill. 1874 ; Bull. n° 214 ; — 15 décembre 1877 ; Bull. n° 266 ; — 13 février 1885 ; Bull. n° 59 ; — 27 juin 1885 ; Bull. n° 190).

3. Cass., 3 avril 1832, Bull. n. 116.

4. Cass., 25 février 1853, Bull. n. 68.

5. Cass., 4 nov. 1854, Bull. n. 308 ; 7 janv, 1859, *ibid.*, n. 4.

6. V. en ce sens Cass., 20 mars 1868, Bull. n. 76.

amendes s'appliquent à celle des autres condamnations pécuniaires ; il est donc inutile de les reproduire [1]. Il suffira d'ajouter que le lien de la solidarité, qui est la garantie du fisc, ne fait pas obstacle à la répartition de ces condamnations entre les condamnés, suivant le degré de leur culpabilité [2], et que cette solidarité ne doit pas s'étendre aux frais des débats postérieurs à la condamnation, et occasionnés par le jugement des accusés non présents aux premiers débats [3].

Tout jugement de condamnation, qu'il soit en premier ou en dernier ressort, doit infliger au condamné le remboursement des frais de la procédure ; mais cette disposition du jugement ne peut, comme toutes les autres, recevoir d'exécution qu'autant qu'il est devenu définitif. Ainsi, le décès du condamné, avant que la Cour de cassation ait statué sur son pourvoi, le fait tomber de plein droit. La raison en est que le remboursement des frais est une conséquence nécessaire et indivisible des autres condamnations prononcées contre le prévenu. Mais, si le jugement avait acquis force de chose jugée avant le décès, l'impossibilité d'exécuter les peines principales ne serait pas un obstacle au remboursement des frais contre les héritiers : car le remboursement devient une véritable dette pécuniaire, au moment où la condamnation est devenue définitive ; et dès lors elle passe aux héritiers comme une charge de la succession.

1. Ce principe, à l'égard des frais, a été consacré par deux arrêts de la Cour de cassation des 7 janv. 1843 et 5 nov. 1846 ; Journ. du dr. crim., 1843, art. 3263 et 1847, art. 4107.

2. Arr. Lyon, 5 janv. 1821. S. 25.2.45.

3. Décis. du garde des sceaux du 29 août 1826, rapp. par M. de Dalmas. p. 377 ; Cass., 4 nov. 1854, Bull n. 135 ; 6 mars 1852. *ibid.*, n. 81.

CHAPITRE IX.

DE L'EXÉCUTION DES PEINES.

155. Division de ce chapitre.

§ Ier. — *De l'exécution des peines afflictives ou infamantes.*

156. De l'exécution de la peine de mort (art. 12 et 13).
157. Inhumation des corps des suppliciés (art. 14).
158. Mesures relatives aux condamnées enceintes (art. 27).
159. Aucune condamnation ne peut être exécutée les jours fériés (art. 25).
160. Du lieu des exécutions. Désignation de ce lieu par l'arrêt (art. 26).
161. Examen de la proposition de faire exécuter les condamnés à mort dans l'intérieur des prisons.
162. Réquisition des ouvriers nécessaires aux travaux des exécutions (Loi du 22 germinal an IV).
163. De l'exécution de la peine des travaux forcés (art. 15 et 21).
164. Nouveau mode d'exécution de cette peine établi par la loi du 30 mai 1854.
165. De l'exécution de la peine de la réclusion (art. 21).
166. De l'impression par extrait des arrêts qui prononcent des peines afflictives ou infamantes (art. 36).

§ II. — *Règles d'exécution.*

167. Quels sont les lieux affectés à l'exécution des peines. Maisons de correction, maisons de force, forteresses.
168. Les peines doivent être subies sans interruption.
169. A compter de quel jour commencent-elles à courir (art. 23) ?
170. Du cas où plusieurs condamnations ont été encourues par le même individu. Jurisprudence.
171. Explication de l'art. 365, C. instr. crim. Ce qu'il faut entendre par *la plus forte* des peines encourues. Application générale de la règle qui défend le cumul.
172. Exception pour le cas où la juridiction répressive a réservé l'application des deux peines. Résumé de la doctrine.
173. Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les questions qui s'élèvent dans le cours de l'exécution des peines.

§ III. — *De l'exécution des peines correctionnelles.*

174. Exécution de la peine d'emprisonnement (art. 40).

175. De quel jour cette peine commence-t-elle à courir?
176. Système consacré par l'art. 24 modifié par la loi du 28 avril 1832.
177. Dans quels lieux elle est subie. Distinction suivant la durée de la peine.
178. De la translation de quelques condamnés dans les maisons de santé.
179. Quelle est la maison où la peine doit être subie en cas d'appel.
180. Concours de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative pour l'exécution des peines.
181. Application de la règle du non-cumul des peines en matière correctionnelle.

§ IV. — *De l'exécution des condamnations pécuniaires.*

182. L'exécution des condamnations pécuniaires s'opère par la voie de la contrainte par corps. Système du Code pénal à ce sujet.
183. Modifications apportées par la loi du 17 avril 1832, le décret du 13 décembre 1848, et la loi du 22 juillet 1867. Système de cette dernière loi.
184. Dans quels cas la contrainte par corps est-elle aujourd'hui applicable?
185. Quels sont les condamnations recouvrables par la voie de la contrainte par corps ?
186. Le décime et le double décime de guerre ajoutés aux amendes sont-ils recouvrables par la contrainte par corps comme celles-ci?
187. Quelle est la durée de cette contrainte?
188. La contrainte est une voie ordinaire d'exécution. Conséquences de cette règle.
189. Comment cesse la contrainte en cas d'insolvabilité du condamné. Comment cette insolvabilité se constate. Elle cesse aussi en donnant caution.
190. Restrictions de l'application de la contrainte pour les mineurs de 16 ans et les condamnés sexagénaires.
191. Caractère de cette mesure. Elle n'est qu'un moyen de recouvrement.
192. Conséquences de ce principe en ce qui touche à la perception.
193. Formes de la contrainte par corps.

---

155. L'exécution des peines a fait naître de graves et nombreuses questions : nous les avons réunies, quoiqu'elles s'appliquent à des ordres de pénalité différents, dans un même chapitre, parce qu'elles doivent trouver leur solution dans les règles générales qui s'étendent à toutes les peines. Néanmoins, pour répandre plus de clarté dans notre travail, nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes, qui seront successivement consacrés à l'exécution des peines afflictives ou

infamantes, de la peine d'emprisonnement, et des condamnations pécuniaires.

§ I. — *De l'exécution des peines afflictives ou infamantes.*

156. Nous ne parlerons que très-succinctement du mode même de l'exécution des peines.

La peine de mort avait, dans notre ancienne législation, ses divers degrés de cruauté, suivant la nature des crimes. Le crime de lèse-majesté était puni de l'écartèlement ; la peine du feu était réservée aux parricides, aux sacrilèges, aux incendiaires ; les meurtriers, les assassins subissaient le supplice de la roue. Enfin les autres crimes capitaux s'exécutaient soit par la potence, soit par la décollation, suivant que les coupables étaient roturiers ou nobles. « En crimes qui méritent la mort, le vilain sera pendu, le noble décapité [1]. »

L'Assemblée constituante ne voulut pas attendre la promulgation de son Code pénal, pour déclarer, par une loi du 27 septembre 1791, que la peine de mort ne serait plus que la simple privation de la vie. «Je ne connais pas, a dit M. Dupin[2], de plus belle loi, si ce n'est celle qui abolirait la peine de mort. » L'art. 2 du Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 reproduisait ce principe : l'art. 3 fixa le mode d'exécution : tous les condamnés à mort durent avoir la tête tranchée. L'instruction annexée à la loi du 25 mars 1792 détermine le mode de décapitation : le problème qu'elle se proposait de résoudre était *que la peine de mort fût la moins douloureuse possible dans son exécution.*

L'art. 12 du Code pénal, qui porte que « tout condamné à mort aura la tête tranchée », n'a donc fait que confirmer le principe de l'Assemblée constituante. Aucune discussion ne s'éleva à ce sujet dans les délibérations du Conseil d'État qui préparèrent le Code pénal.

Mais l'art. 13, qui, suivant l'expression de M. Treilhard, apportait une *légère dérogation* à ce principe, institua quel-

1. Loysel, liv. 6, tit. 2, max. 26.
2. Lois criminelles, p. 49.

que chose de plus que la mort simple, la mutilation du poing à l'égard du parricide. Le projet du Code pénal avait même étendu cette mutilation barbare aux condamnés pour *conjugicide, fratricide, empoisonnement, incendie, meurtre exécuté avec tortures*[1]. Mais, M. Berlier ayant fait observer que la mort simple était un supplice suffisant pour tous les crimes, cette aggravation fut limitée au parricide, « attendu qu'il était dans les convenances que le crime le plus atroce fût puni d'une peine plus grave que les autres ». La loi du 28 avril 1832 a répondu à un cri d'humanité, en effaçant enfin du Code la mutilation ; mais elle a conservé un barbare et inutile appareil qui prolonge et redouble l'agonie du supplicié, sans rien ajouter à l'exemplarité de la peine[2].

157. L'art. 14 dispose que « les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles, si elles les réclament, à la charge par elles de les faire inhumer sans aucun appareil. » L'article primitif ne portait que ces mots : « Les corps des suppliciés seront délivrés à leurs familles si elles les réclament. » Cette disposition fut attaquée dans le sein du Conseil d'État. On soutint que l'homme retranché de la société par une condamnation capitale n'avait plus de famille ; qu'il fallait d'ailleurs se garder d'affaiblir la terreur que le supplice avait jetée dans les esprits ; enfin, qu'on devait craindre de scandaleuses funérailles célébrées à côté du supplice, dans l'intention d'accuser la justice et de réhabiliter le condamné. Les premiers motifs étaient dénués de fondement : « Si les familles, dit M. Treilhard, veulent rendre les derniers devoirs à leur parent, pourquoi le leur refuser ? Est-ce donc sur un cadavre que la loi doit se venger ? » M. Cambacérès répondit à la dernière objection en proposant d'ajouter : *à la charge de les faire*

1. Locré, t. 29, p. 96.

2. V. *suprà*, n. 46. — Art. 13. « Le coupable condamné à mort pour parricide sera conduit sur le lieu de l'exécution en chemise, nu-pieds et la tête couverte d'un voile noir. Il sera exposé sur l'échafaud pendant qu'un huissier fera au peuple lecture de l'arrêt de condamnation, et il sera immédiatement exécuté à mort. » — * * On sait qu'un projet de loi soumis aux chambres prononce l'abrogation de cet article (J. O., 3 avril 1879).

inhumer sans aucune espèce de solennité. La commission de rédaction avait écrit, au lieu des derniers termes de cet amendement, *sans cérémonie*; mais son auteur fit remarquer qu'on pourrait induire de ces termes la défense de faire dire des prières sur les corps des condamnés ; et, pour prévenir cette interprétation, il proposa les mots *sans appareil* [1]. Ainsi c'est la pompe des funérailles, c'est le scandale de l'appareil que la loi a voulu prévenir, et non les cérémonies religieuses : le refus de délivrer le corps à la famille, sous prétexte qu'elle veut le présenter à l'église, ne serait donc pas fondé, à moins que cette cérémonie elle-même ne dût offrir une inconvenante solennité.

L'examen de la législation relative aux exécutions capitales nous suggère une réflexion : c'est que la loi, soit omission, soit qu'elle l'ait jugé inutile, n'a appelé aucune espèce de surveillance sur ces exécutions. Elle convoque, à la vérité, la gendarmerie et deux officiers de justice, le greffier et l'exécuteur ; mais le greffier est uniquement chargé de constater par un procès-verbal le fait matériel de l'exécution [2] ; l'exécuteur n'a aucun caractère pour lever les obstacles, pour ordonner les mesures qui peuvent naître des circonstances ; enfin la gendarmerie n'est tenue que *de prêter main-forte aux officiers de justice* [3]. Dans un cas spécial, l'art. 13 du Code pénal appelle un huissier, mais seulement pour donner lecture de l'arrêt de condamnation sur l'échafaud ; enfin l'art. 377 du Code d'instruction criminelle n'ordonne le transport *de l'un des juges* que dans le cas où le condamné veut faire une déclaration, et seulement pour la recevoir. Cependant l'humanité et la sûreté publique font un devoir de surveiller les exécutions ; des scènes déplorables, plusieurs fois renouvelées, attestent combien la présence d'un officier de justice y serait nécessaire. Si les convenances peuvent paraître s'opposer à ce qu'un magistrat soit chargé de cette pénible mission,

1. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 8 oct. 1808 ; Locré, t. 29, p. 116.

2. Art. 378, C. instr. crim., et 52 du décret du 18 juin 1811.

3. Art. 69 ord. du 29 oct. 1820.

il faut faire porter la responsabilité sur un autre officier, sur un commissaire de police ou sur un huissier ; mais on ne doit pas laisser le condamné à la discrétion de l'exécuteur ; on ne doit pas laisser peser sur cet officier subalterne les obstacles qu'il peut éprouver dans l'exercice de ses fonctions. Il y a une lacune dans la loi, et il est urgent de la remplir.

158. L'art. 27 prévoit le cas où une femme condamnée se trouve enceinte : « Si une femme condamnée à mort se déclare, et s'il est vérifié qu'elle est enceinte, elle ne subira sa peine qu'après sa délivrance. » Cette disposition empruntée à l'art. 13 du titre 25 de l'ordonnance de 1670, ne fait d'ailleurs qu'appliquer la maxime : *Non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est* [1]. L'ordonnance de 1670 prescrivait la vérification dans le cas même où la femme condamnée n'avait fait aucune déclaration, si elle *paraissait enceinte*. Quoique cette disposition n'ait pas été reproduite dans l'art. 27, nous pensons avec M. Carnot [2] qu'elle devrait encore être appliquée ; car elle se trouve, sinon dans le texte, au moins dans l'esprit sainement entendu de cet article.

La loi du 23 germinal an III avait étendu cette exception. Elle portait : « qu'aucune femme prévenue de crime emportant la peine de mort ne pourrait être *mise en jugement* qu'il n'eût été vérifié qu'elle n'était pas enceinte. » Nous ne saurions ici partager l'opinion émise par M. Carnot sur la force actuelle de cette loi [3]. L'art. 27, en statuant sur la position particulière de la femme enceinte, en a limité les effets à l'exécution de la peine de mort, et le Code d'instruction criminelle n'a point autorisé d'exception au principe qui veut que les accusés soient mis en jugement aussitôt que l'affaire est en état [4]. C'est au président des assises à renvoyer l'affaire à une autre session, s'il juge que la position de l'accusée ne lui permet pas de supporter les débats.

Une autre loi du 31 août 1792 était ainsi conçue : « Les

1. L. 3, ff. de statu hominum, et L. prægnantis. ff. de pœnis.
2. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 96.
3. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 97.
4. Cass., 7 nov. 1811, S. 16. 1. 31.

femmes condamnées à la peine du carcan et *qui seront trouvées enceintes* au moment de leur condamnation, ne subiront point cette peine et ne seront point exposées au public ; mais elles garderont prison pendant un mois, à compter du jour de leur jugement, qui sera imprimé, affiché et attaché à un poteau planté à cet effet sur la place publique. » Cette loi, que le Code pénal n'avait pas recueillie, n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, puisque, ainsi qu'on l'a vu (n. 6), l'exposition publique a été définitivement abolie.

159. Aucune condamnation ne peut, aux termes de l'art. 25, être exécutée les jours de fêtes nationales ou religieuses, ni les dimanches. Nous ne ferons qu'une seule observation sur cet article, c'est qu'il crée uue exception évidente à l'art. 375 du Code d'instruction criminelle, qui prescrit l'exécution *dans les 24 heures* de la réception de l'arrêt de rejet, ou dans l'expiration des délais du pourvoi. La même exception n'existait pas dans l'ancien droit: les jugements étaient exécutés le le jour même où ils étaient prononcés [1].

160. Le lieu des exécutions a varié avec les diverses législations qui se sont succédé. L'ordonnance de 1670 (tit. 26, art. 16) voulait que les condamnés fussent renvoyés sur les lieux, s'il n'était autrement ordonné par les Cours, par des considérations particulières. Le Code pénal de 1791 (tit. 1, art. 5) prescrivait, au contraire, que l'exécution se fît *dans la place publique de la ville où le jury d'accusation avait été convoqué*, c'est-à-dire du chef-lieu d'arrondissement. Le Code du 3 brumaire an IV modifia encore cette législation : l'exécution dut se faire, aux termes de son art. 445, sur une des places publiques *de la commune où le tribunal criminel tenait ses séances*, c'est-à-dire du chef-lieu du département. « C'est là, disait le rapporteur du projet du Code pénal au Corps législatif, une des fautes les plus graves de la législation actuelle ; en effet, c'est dans les lieux qui ont été témoins du crime, c'est sur les personnes qui se sont entretenues de ses détails et qui ont connu le coupable, que l'impression produite par l'exécution est plus profonde... »

1. Ord. de 1670, tit. 25, art. 21.

L'article 26, dans le projet du Code, était ainsi conçu : « L'exécution se fera sur l'une des places publiques de la ville chef-lieu de l'arrondissement communal dans lequel le crime aura été commis. Néanmoins le procureur général pourra, suivant les circonstances, ordonner que l'exécution de tel arrêt, ou même les exécutions criminelles en général, se feront dans un autre lieu qui sera déterminé. » On fit observer avec raison, dans le sein du Conseil d'État, que cette disposition attribuait au procureur général un pouvoir qui ne doit appartenir qu'aux juges. M. Berlier proposa de maintenir, comme une règle, que l'exécution serait faite dans le lieu même du crime. Sans contester cette règle, le conseil émit l'avis de laisser ces détails à la sagesse des juges ; et de là l'article 26, qui porte que « l'exécution se fera sur l'une des places publiques du lieu qui sera indiqué par l'arrêt de condamnation [1] ». Mais il est évident que ce lieu ne peut être que celui du jugement, ou une des communes de l'arrondissement où le crime a été commis.

En quel lieu procéderait-on à l'exécution, si cette désignation avait été omise dans l'arrêt ? Il est visible d'abord que cette omission ne pourrait être suppléée par le ministère public, car l'art. 376 du Code d'instruction criminelle ne lui confère d'autre pouvoir que celui de faire exécuter la condamnation. On doit remarquer que le droit commun, au moment de la rédaction du Code pénal, était l'exécution au chef-lieu du département. Le législateur, trouvant cette mesure trop absolue, donna aux juges la faculté d'y déroger suivant les circonstances, et de fixer eux-mêmes le lieu de l'exécution. Or, s'ils n'ont pas usé de cette faculté, il est évident qu'on rentre sous l'empire du droit commun, et que cette exécution doit demeurer au chef-lieu de la Cour d'assises [2].

1. Locré, t. 29, p. 146.

2. * * Jugé que la Cour d'assises, en prononçant une condamnation capitale, peut s'abstenir de désigner le lieu de l'exécution, qui devra alors être faite dans la commune où siége la Cour d'assises. (Cass. 26 décembre 1873 ; Bull. n° 315.

L'article 26 ne delègue aux juges que le pouvoir de désigner *le lieu* de l'exécution, c'est-à-dire la ville, le bourg ou le village où la peine sera subie ; ils n'ont point à déterminer *la place publique* de ce lieu où l'exécution sera faite. Ce choix n'appartient qu'à l'autorité administrative à laquelle compète tout ce qui regarde la police de la voie publique[1] ; mais elle doit cependant se concerter à cet égard avec le ministère public. C'est ainsi qu'un arrêté du préfet de la Seine, du 20 janvier 1832, a transporté le lieu des exécutions de la place de Grève à l'extrémité du faubourg Saint-Jacques. Il est essentiel que ce lieu soit *une place publique* ; tel est le vœu de l'article 26, et cette publicité est une garantie contre des exécutions clandestines, en même temps qu'elle assure à la peine l'accomplissement de sa mission [2].

161. Quelques publicistes ont proposé d'abolir cette publicité et de faire procéder aux exécutions dans l'intérieur de la prison. Cette pratique est déjà suivie dans quelques États des États-Unis, dans plusieurs cantons de la Suisse (cantons d'Argovie et de Schaffouse), dans plusieurs États de l'Allemagne, et l'Angleterre, par un bill d'avril 1868, se l'est appropriée [3]. Cette question, amenée plusieurs fois, en 1866 et 1868, par voie de pétition, devant le Sénat, fut toujours accueillie par l'ordre du jour, fondé « sur ce que le système des exécutions à huis clos affaiblirait vis-à-vis de nos populations plus vivement impressionnables que celles des pays où s'essaye ce nouveau mode d'exécution, l'autorité de la chose jugée et l'impression salutaire et préventive de ces terribles exemples ». Le 23 février 1870, une proposition de loi faite par

1. ** Cass., 30 août 1883 ; Bull. n° 229.

2. Un décret de la convention du 16 août 1793 contenait une exception à ce principe à l'égard des pays occupés par l'ennemi : les jugements criminels pouvaient y être exécutés dans tous les lieux où le tribunal tenait ses séances ; cette exception était le résultat de la *force majeure*, seule excuse qui pût la justifier.

3. ** Pareille disposition se trouve dans le Code pénal Allemand, dans le Code d'instruction criminelle Autrichien, dans les Codes de Suède, de Hongrie, de Belgique, du Grand-Duché de Luxembourg, ainsi que dans le nouveau Code pénal Mexicain.

plusieurs membres du Corps législatif portait : « L'exécution se fera dans la maison de justice ou de détention. » La commission chargée de son examen en adopta le principe : « L'exécution se fera dans l'intérieur de la maison de justice ou de détention ou dans le lieu le plus voisin dont l'accès est interdit au public. » Mais les difficultés qui se révélèrent dans la discussion eurent surtout pour objet l'énumération des personnes qui devaient être présentes à l'exécution. La suppression de la publicité, quoique contestée par quelques députés qui craignaient que l'intimidation ne fût affaiblie ou qui, partisans de l'abolition de la peine de mort, s'inquiétaient de confirmer cette peine en la réglant, fut admise ; mais la désignation des fonctionnaires ou des citoyens qui étaient tenus d'assister à l'exécution comme des garants de sa régularité, donna lieu à d'insurmontables objections qui firent échouer le projet [1]. On peut regretter ce résultat. La suppression de la publicité était un pas vers la restriction de la peine, car la peine, dépouillée de son appareil et de la terreur qu'elle répand, abdique une notable partie de son efficacité, et son efficacité est le principal motif de son application [2].

162. La loi du 22 germinal an IV autorise le ministère public à requérir les ouvriers de faire les travaux nécessaires pour l'exécution des jugements, à la charge de leur en faire payer le prix ; et le refus de ces ouvriers est puni, pour la première fois, d'une peine de simple police, et, en cas de récidive, d'un emprisonnement de six à trente jours [3]. L'art. 114

1. Journ. off. du 23 juin 1870.

2. * * On a dit déjà que nos Chambres étaient depuis longtemps saisies de la question. (V. *supra*, p. 115, n. 3).

3. L. 22 germ. an IV. — Art. 1. Les commissaires du directoire exécutif requerront les ouvriers, chacun à leur tour, de faire les travaux nécessaires pour l'exécution des jugements, à la charge de leur en faire compter le prix ordinaire. — Art. 2. Tout ouvrier qui refuserait de déférer à la réquisition desdits commissaires sera condamné, la première fois par voie de simple police, à un emprisonnement de trois jours ; en cas de récidive, il sera condamné, par voie de police correctionnelle, à un emprisonnement qui ne pourra être moindre d'une décade ni excéder trente jours.

du décret du 18 juin 1811 prescrit que cette loi continuera d'être exécutée. Cependant quelques jurisconsultes ont pensé que sa disposition pénale se trouvait remplacée par le § 12 de l'art. 475 du Code pénal, qui prononce une amende contre les personnes qui, le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les travaux dans les cas... *d'exécution judiciaire*[1]. Nous ne partageons pas cet avis. L'art. 475 ne s'applique qu'au cas où des circonstances accidentelles et imprévues rendent tout à coup nécessaires l'assistance et les secours des citoyens; or ces circonstances fortuites n'existent point dans le cas prévu par la loi du 22 germinal an IV; les réquisitions sont faites à l'avance, les travaux sont connus et précisés. Cette loi, d'ailleurs, régit une matière spéciale, un cas particulier qui devait échapper à la loi générale, et l'article 484 l'a évidemment maintenue[2]. Il nous paraît en même temps qu'on doit strictement se renfermer dans les termes de cette loi tout exceptionnelle, et qu'en conséquence le ministère public ne pourrait, comme l'a proposé M. Carnot[3], requérir la force publique de se saisir des ouvriers, et les contraindre à faire les travaux, ou même intenter contre eux une demande en dommages-intérêts à raison des frais frustratoires que leur refus peut avoir entraînés.

Le droit de requérir les ouvriers n'est soumis à aucune condition. Ainsi le tribunal correctionnel de Digne avait admis, en faveur de ces ouvriers, une fin de non-recevoir tirée de ce que les réquisitions n'avaient été précédées d'aucune tentative d'adjudication publique des travaux. Ce jugement a été cassé par arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1835[4], fondé sur ce que le droit d'adresser des réquisitions est absolu et peut s'exercer dans tous les cas.

L'art. 114 du décret du 18 juin 1811 ajoute que « les dispositions de la même loi (du 22 germinal an IV) seront observées dans le cas où il y aurait lieu de faire fournir un loge-

1. Lois d'instr. crim. et pén., t. 1, p. 228.
2. Des frais de justice, p. 312.
3. Instr. crim., t. 2, p. 296.
4. V. Journ. du dr. cr., 1835, p. 153.

ment aux exécuteurs ». Ainsi, d'après cet article, des réquisitions devraient être adressées aux propriétaires pour faire fournir un logement aux exécuteurs, et leur refus pourrait être puni de peines correctionnelles. La Cour de cassation, appelée à statuer sur un incident de cette nature, s'est arrêtée à une fin de non-recevoir et s'est abstenue de décider le point de droit [1]. Créer un nouveau cas d'application d'une loi pénale, n'est-ce pas créer une véritable peine ? et un simple décret peut-il avoir cette puissance ?

163. Les peines afflictives ou infamantes, autres que la peine de mort, revêtent également certaines formes d'exécution. En examinant la nature de chacune de ces peines, nous avons précédemment décrit à peu près ces formes [2]. Peu de choses restent à ajouter.

L'art. 15, relatif aux travaux forcés, n'a point indiqué la nature des travaux auxquels les condamnés doivent être appliqués ; il se borne à dire qu'ils seront employés aux travaux *les plus pénibles*. Le projet du Code avait été plus explicite. On y lisait, d'après le Code pénal de 1791 : « Les hommes condamnés aux travaux forcés seront employés soit à l'extraction des mines, soit au desséchement des marais, soit à tout autre ouvrage pénible. » Le Conseil d'État pensa que le choix des travaux devait être laissé à la sagesse de l'administration. M. Corvetto soutint toutefois que ces mots *les plus pénibles* indiquaient une sorte d'acharnement, et insista pour leur suppression. Mais il fut répondu par M. Treilhard qu'on ne pouvait se dispenser de qualifier la nature du travail auquel les condamnés devaient être appliqués [3].

C'est par suite de cette faculté laissée à l'administration que les condamnés aux travaux forcés avaient été employés à des travaux différents : à Brest et à Rochefort, aux travaux de force de ces deux ports ; à Toulon, à des travaux d'art, à des métiers qui ne les laissent pas sans ressource au moment de leur libération [4].

1. Cass., 23 déc. 1829, Journ. du dr. crim., 1830, p. 176.
2. V. *suprà*, n. 47 et suiv.
3. Locré, t. 29, p. 118 et 161.
4. Rapport du ministre de la marine, du 20 août 1828, Moniteur du 22 août 1828.

Toutefois Cambacérès ajoutait : « Lcs peines sont du domaine de la loi, et ne doivent jamais dépendre de l'administration. Il ne faut pas de disposition vague qui permette à chaque administrateur de traiter les condamnés comme il lu plaît. Du moins convient-il de lier les administrations par quelques règles, et de les circonscrire dans certaines limites[1]. » De là la deuxième partie de l'art. 15, portant : « Ils (les condamnés) traîneront à leurs pieds un boulet, ou seront attachés deux à deux avec une chaîne, lorsque la nature du travail auquel ils seront employés le permettra. » Mais la loi a omis de prescrire s'ils doivent être employés dans l'intérieur des maisons de force ou dans les ports ou arsenaux : l'art. 6 du titre 1er du Code pénal de 1791 autorisait l'un et l'autre mode d'exécution.

Au reste, une loi du 2 brumaire an IV a réglé la police des chiourmes, et l'ordonnance du 20 août 1828, aujourd'hui abrogée, avait introduit, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, d'heureuses améliorations dans le régime des bagnes, en séparant les condamnés d'après la durée de la peine qu'ils ont à subir.

L'art. 6 du titre 1er du Code de 1791 portait que les travaux seraient exécutés *au profit de l'État*. Le Code pénal n'a point reproduit cette disposition, et M. Carnot paraît conclure de cette omission que les produits des travaux doivent être appliqués aux besoins des condamnés[2]. Mais il suffit. pour établir l'opinion contraire, de rapprocher l'art. 13 des art. 21 et 41. Le premier de ces articles n'attribue aux condamnés aux travaux forcés aucune partie quelconque du produit de leur travail ; l'art. 41 laisse au contraire au Gouvernement la faculté d'en attribuer une partie au profit des condamnés à la réclusion ; enfin, d'après l'art. 41, les condamnés à l'emprisonnement ont droit aux deux tiers de ces produits. Ces dispositions diverses révèlent un système unique, qui est la progression des profits en raison inverse de la gravité de la peine ; sa conséquence semble être la privation totale des produits pour

1. Locré, t. 29, p. 118 et 161.
2. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 79.

les condamnés à la peine la plus grave, à celle des travaux forcés.

164. Mais ce mode d'exécution de la peine des travaux forcés a été changé par la loi du 30 mai 1854. Aux termes de l'art. 1er de cette loi, cette peine doit être subie à l'avenir dans des établissements créés sur le territoire d'une ou de plusieurs possessions françaises autres que l'Algérie [1]. Les art. 2 et 3 portent que « les condamnés seront employés aux travaux les plus pénibles de la colonisation et à tous autres travaux d'ntilité publique. Ils pourront être enchaînés deux à deux et assujettis à traîner le boulet à titre de punition disciplinaire ou par mesure de sûreté. » Les femmes condamnées aux travaux forcés pourront, aux termes de l'art. 4, être conduites dans un des établissements créés aux colonies; elles seront séparées des hommes et employées à des travaux en rapport avec leur âge et leur sexe. L'art. 6 déclare que « tout individu condamné à moins de huit années de travaux forcés sera tenu, à l'expiration de sa peine, de résider dans la colonie pendant un temps égal à la durée de sa condamnation. Si la peine est de huit années, il sera tenu d'y résider toute sa vie. » L'art. 10 ajoute que « tous crimes ou délits commis par les condamnés seront jugés par un tribunal maritime spécial établi dans la colonie ». Lart. 11 autorise le Gouvernement à accorder aux condamnés qui se seront rendus dignes d'indulgence par leur bonne conduite, leur travail et leur repentir : 1° la permission de travailler soit pour les habitants de la colonie, soit pour les administrations locales ; 2° une

1. * * Il faut mentionner ici la loi du 25 décembre 1880, *sur la répression des crimes commis dans l'intérieur des prisons*, disposant que « lorsque, à raison d'un crime commis dans une prison par un détenu, la peine des travaux forcés à temps ou à perpétuité est appliquée, la Cour d'assises ordonnera que cette peine soit subie dans la prison même où le crime à été commis, à moins d'impossibilité, pendant la durée qu'elle déterminera, et qui ne pourra être inférieure au temps de réclusion ou d'emprisonnement que le détenu avait à subir au moment du crime. » La même loi ajoute : La Cour d'assises pourra ordonner, en outre, que le condamné sera resserré plus étroitement, enfermé seul et soumis, pendant un temps qui n'excédera pas un an, à l'emprisonnement cellulaire. » (V. Cass. 5 mai et 8 juin 1882 ; S. 83. 1. 430).

concession de terrain et la faculté de le cultiver pour leur propre compte. Le Gouvernement peut également accorder : 1° aux condamnés, l'exercice des droits civils dont ils sont privés par leur état d'interdiction légale ; 2° aux libérés qui restent dans la colonie et qui peuvent obtenir des concessions provisoires ou définitives de terrains, l'exercice des droits dont ils sont privés par les 3e et 4e paragraphes de l'art. 34. L'art. 14, enfin, applique ces dispositions, excepté celles de l'art. 6, aux condamnations et aux crimes antérieurement intervenus. On ne saurait apprécier encore ce nouveau système d'exécution de la peine des travaux forcés. Sa première application ne paraît pas avoir réussi [1], et les efforts faits par l'administration de la marine pour éviter les écueils qu'elle n'avait pas pu prévenir, ne sont pas assez connus pour qu'il soit possible de les examiner. Les rapports publiés en 1867 et 1869 ne fournissent que d'une manière incomplète les faits qui se rapportent aux quinze années précédentes [2]. Il y a là matière à une enquête qui devra quelque jour être faite [3].

165. L'art. 21 n'a point qualifié la nature des travaux des réclusionnaires. « Tout individu de l'un ou l'autre sexe, porte cet article, condamné à la peine de la réclusion, sera enfermé dans une maison de force, et employé à des travaux dont le produit pourra être en partie appliqué à son profit, ainsi qu'il sera réglé par le Gouvernement. » L'art. 10 de l'ordonnance du 2 avril 1817 porte également : « Il y aura dans toutes les maisons centrales de détention des ateliers de travail. » En général, chaque condamné doit avoir la faculté, autant que la police de la prison peut le permettre, de travailler à l'art qu'il professe habituellement. L'art. 11 de

1. M. Bérenger, De la Répression pénale, t. 1er, p. 37.

2. Notices sur la transportation à la Guyane et à la Nouvelle-Calédonie, 1867 et 1869.

3. ** Un décret du 18 juin 1880, *concernant le régime disciplinaire des établissements des travaux forcés*, divise les transportés en 5 classes, d'après leur situation pénale et leur conduite, avec des différences de régime pour chaque classe, supprime les peines corporelles et détermine les punitions disciplinaires applicables aux condamnés.

la même ordonnance attribue aux condamnés les deux tiers du produit de leur travail; cette disposition a été modifiée par l'ordonnance du 27 décembre 1843, qui, en prescrivant une nouvelle répartition du produit du travail des détenus, a fait, nous le croyons, trop étroite la part qui revient à ceux-ci, et n'a pas assez prévu la nécessité de leur assurer à leur sortie un pécule qui fût assez considérable pour couvrir leurs premiers besoins (V. *suprà*, n. 78).

166. Une mesure commune à toutes les peines afflictives ou infamantes est l'impression par extrait des arrêts qui les prononcent [1]. Cette mesure, bien qu'elle puisse être considérée comme une forme de l'exécution, a cependant un véritable caractère pénal, et elle diffère sous ce rapport de l'affiche des jugements que les tribunaux correctionnels et de police ordonnent dans certains cas, à la demande de la partie plaignante, mais seulement à titre de réparation civile [2]. L'article 26 de la loi du 26 mai 1819 fait toutefois exception à cet égard relativement aux délits commis par voie de publication; mais, dans ce cas, l'impression ou l'affiche des arrêts est une mesure facultative que les juges peuvent ordonner aux frais du condamné. L'art. 6 de la loi du 27 mars 1851 autorise également l'affiche des jugements en matière de fraude dans la vente des marchandises.

Les arrêts étaient d'abord imprimés en entier; l'arrêté du 2 pluviôse an V prescrivit un mode de publication plus économique : on se borna à en dresser un état sommaire et mensuel; et le Code pénal a sanctionné cette mesure en prescrivant leur impression *par extrait*. On est aujourd'hui dans l'usage de réunir les extraits des arrêts dans un seul placard qui est affiché tous les trimestres dans chaque département,

1. Article 36. « Tous arrêts qui porteront la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité et à temps, la déportation, la détention, la réclusion, la dégradation civique et le bannissement, seront imprimés par extrait.— Ils seront affichés dans la ville centrale du département, dans celle où l'arrêt aura été rendu, dans la commune du lieu où le délit aura été commis, dans celle où se fera l'exécution et dans celle du domicile du condamné. »

2. V. Cass., 23 mars 1811, 22 oct. 1812, et 25 mars 1813.

Les arrêts rendus en matière de presse doivent également être affichés *par extrait*, quoique l'article 26 de la loi du 26 mai 1819 ne se soit pas expliqué à cet égard. L'art. 6 de la loi du 27 mars 1851 prescrit la publication intégrale ou par extrait. Les articles 104, 105 et 106 du décret du 18 juin 1811 règlent au surplus le mode d'impression et d'affiche de ces extraits.

§ II. — *Règles d'exécution.*

167. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de l'application matérielle de la peine ; il faut examiner maintenant les difficultés qui peuvent s'élever dans le cours de son exécution.

Un principe qui domine cette matière est que les peines ne peuvent être subies que dans les lieux légalement et publiquement désignés par l'administration pour leur exécution [1]. Quels sont ces lieux ? La loi a toujours soigneusement séparé les maisons d'arrêt ou de justice, qui sont destinées aux prévenus ou accusés, et les *prisons* établies pour l'exécution des peines [2]. Le Code pénal a rangé dans cette dernière classe : les *maisons de correction*, pour les condamnés à la peine d'emprisonnement (art. 40) ; les *maisons de force*, pour les condamnés à la réclusion, ainsi que pour les femmes et les septuagénaires condamnés aux travaux forcés (art. 16, 21 et 72) ; enfin les *forteresses*, pour les condamnés politiques (art. 20).

Mais cette classification n'a pas été exactement conservée. L'ordonnance du 2 avril 1817, en instituant les maisons centrales de détention, a réuni dans ces établissements les maisons de force et les maisons de correction, ou du moins y a confondu, avec les condamnés à des peiues afflictives et infamantes, tous ceux qu'un simple emprisonnement correctionnel

1. Nul homme, dans le cas où sa détention est autorisée par la loi, ne peut être conduit que dans les lieux légalement et publiquement désignés par l'administration du département pour servir de maison d'arrêt, de maison de justice ou de *prison*. L. des 16-29 sept. 1791, tit. 14, art. 2.

2. L. 16-29 sept. 1791 ; Code du 3 brum. an IV ; Code d'instr. crim., art. 603 et 604.

de plus d'une année a frappés. A la vérité, cette ordonnance avait à la fois prescrit la séparation, dans les maisons centrales, de ces deux classes de condamnés ; mais cette division importante n'a nulle part été exécutée. Ainsi, la seule classification, déjà bien incomplète, que la loi pénale eût tracée dans sa sollicitude pour la régénération des condamnés, a été renversée [1].

168. Les peines doivent être subies sans interruption. Cette règle, qui se reproduit dans toutes les dispositions du Code, n'a pas besoin d'être développée. Mais à compter de quel jour commencent-elles à courir ? Il est évident que cette question n'a d'intérêt qu'à l'égard des peines temporaires. Avant la loi du 28 avril 1832, les peines des travaux forcés à temps et de la réclusion se comptaient du jour de l'exposition ; mais ce mode de calcul avait soulevé de vives réclamations qui se fondaient sur le retard que cette exposition n'éprouvait que trop souvent ; d'ailleurs, cette peine accessoire étant devenue facultative, il a fallu changer le point de départ de la peine principale. L'article 23 a donc prescrit que « la durée des peines temporaires comptera du jour où la condamnation sera devenue irrévocable, »

169. Cette disposition n'a fait que rappeler une proposition de la commissiou du Corps législatif, dans la discussion du Code pénal de 1810 : « La commission fait observer qu'il peut arriver que l'exposition soit retardée par la négligence de ceux qui doivent la faire exécuter, ou par une longue maladie du condamné ; en sorte que la durée de la peine se trouverait accrue par des circonstances indépendantes de lui. Comme l'article 35 contient une disposition de même nature pour le bannissement, il paraît qu'il serait à propos de supprimer l'article 23, et de le comprendre dans l'article 35, qui serait rédigé ainsi qu'il suit : « La durée de la peine des travaux à temps, de la réclusion et du bannissement, se comp-

1. ** Voir pour le régime intérieur des maisons centrales ; Journal officiel du 16 octobre 1878 (Le régime pénitentiaire à l'exposition du ministère de l'intérieur).

tera du jour où l'arrêt sera devenu irrévocable [1]. » Cette proposition, qui ne fut point alors accueillie, est passée textuellement dans la loi du 28 avril 1832.

Un arrêt devient irrévocable lorsqu'il n'existe plus aucun moyen légal d'en obtenir la réformation ; mais cette règle si claire peut donner lieu à quelques difficultés dans l'application. Ainsi, lorsque le condamné ne forme aucun pourvoi contre l'arrêt qui l'a frappé, de quel jour cet arrêt est-il empreint d'un caractère d'irrévocabilité ? est-ce du jour même de sa date? est-ce du jour de l'expiration des délais du pourvoi? On peut dire, pour la première opinion, que le pourvoi n'est qu'une faculté ; que, si le condamné a renoncé à s'en servir, l'irrévocabilité de l'arrêt doit remonter au jour où il a été rendu : qu'on ne doit pas faire tourner à son préjudice un délai qui a été mesuré en sa faveur et dans son intérêt. Mais cette considération n'est pas décisive : l'arrêt ne devient irrévocable que par l'expiration des trois jours pendant lesquels le pourvoi peut être exercé ; ce n'est donc que du jour où cette faculté est épuisée, soit pour l'accusé, soit pour le ministère public, qu'aux termes de l'article 23, la peine doit commencer à courir : et comme la Cour de cassation juge constamment que le délai de *trois jours francs*, fixé par l'article 373 du Code d'instruction criminelle pour les pourvois, ne comprend ni le jour où l'arrêt est prononcé, ni le dernier des trois jours qui ont suivi cette prononciation [2], il suit que l'arrêt ne devient irrévocable, et par conséquent que la durée de la peine ne doit compter qu'à partir du cinquième jour de la date de cet arrêt.

Mais s'il y a eu pourvoi, et qu'un arrêt de rejet soit intervenu, c'est évidemment du jour de la prononciation de cet arrêt que la peine doit être comptée, puisque c'est de ce jour que l'arrêt de condamnation a acquis un caractère irrévocable.

Faut-il distinguer entre le pourvoi de l'accusé et celui du

1. Obser. de la commission du Corps législatif du 16 déc. 1809, Locré, t. 29, p. 179.

2. Arr. 7 déc. 1832 et 8 nov. 1834, Journ. du dr. crim., art. 1033 et 1477.

ministère public ? En cas de rejet du pourvoi formé par ce dernier seulement, la peine doit-elle remonter au jour où elle serait devenue irrévocable si le pourvoi n'avait pas eu lieu? Quoique la condition du condamné soit réellement aggravée à la suite de ce pourvoi jugé téméraire, il serait difficile de se déterminer pour l'affirmative. Le ministère public n'a fait, en exerçant son recours, qu'user d'un droit que la loi lui attribuait, et ce n'est que lorsque cette voie de recours est épuisée que l'arrêt devient irrévocable. La règle est générale, et l'exception que l'article 24 a consacrée et que nous expliquerons tout à l'heure, ne fait que la confirmer dans le cas qui nous occupe.

Quelques magistrats avaient pensé que la règle établie par l'article 23 devait s'appliquer aux individus détenus à l'époque de sa promulgation, et dont la condamnation était antérieure à la loi du 28 avril 1832 ; ils se fondaient sur ce que le principe de la non-rétroactivité des lois n'est établi que dans l'intérêt des citoyens, et qu'on ne peut l'invoquer quand il s'agit d'une loi de faveur dont l'application, même rétroactive, ne lèse aucun intérêt. Mais on doit remarquer que le principe qui permet de faire remonter à des faits antérieurs à leur promulgation, des lois pénales plus douces que celles qu'elles remplacent, ne s'applique qu'au cas où les faits sont encore à juger. Or, il s'agissait ici d'arrêts qui, avant la publication de la loi nouvelle, avaient revêtu irrévocablement le caractère de la chose jugée. Ce ne pouvait donc être que par un effet vraiment rétroactif qu'on eût appliqué aux peines dont l'exécution était déjà commencée un autre mode de computation que celui que l'ancien Code avait établi.

170. L'exécution des peines n'est pas exempte de difficultés, lorsque plusieurs condamnations pèsent à la fois sur le même individu. Car ces peines doivent-elles successivement être subies? Faut-il, au contraire, les confondre les unes dans les autres ? et dans quelles limites doit se consommer cette absorption ?

Il est, avant tout, évident que si le fait qui a motivé la deuxième peine a été commis postérieurement à la première condamnation, si, en un mot, le condamné est en récidive, au-

cune difficulté ne peut se présenter ; les deux peines doivent se cumuler dans leur exécution. Ce n'est donc que dans le cas où l'accusé a été successivement mis en accusation et condamné pour des faits antérieurs au premier arrêt, que le doute peut s'élever sur l'existence légale de ces différentes peines.

La loi n'a point posé de règle générale : deux espèces seulement ont été prévues dans les articles 365 et 379 du Code d'instruction criminelle ; le premier de ces articles pose le cas où l'accusé, soumis dans les mêmes débats à plusieurs accusations, est déclaré convaincu de plusieurs crimes, et il décide que la peine la plus forte sera seule prononcée. Le deuxième règle une seconde hypothèse, celle où l'accusé est inculpé dans le cours des débats d'un nouveau crime, et il déclare qu'il n'y a lieu d'instruire sur le crime nouvellement manifesté qu'autant qu'il mérite une peine plus grave que le premier. Mais de ces deux solutions particulières s'élève ce principe général, dont elles ne sont que des corollaires, qu'en subissant la peine la plus forte, le coupable expie tous les crimes passibles d'une peine de la même nature ou d'une moindre gravité que celle qui lui est appliquée.

Cette règle se justifie par de hautes considérations de justice et d'humanité. Lorsqu'un individu s'est rendu coupable de plusieurs crimes avant d'avoir été l'objet d'une poursuite, la justice doit s'imputer la lenteur ou l'impuissance de son action : si le coupable avait été saisi après son premier crime, s'il avait reçu le solennel avertissement d'une première condamnation, peut-être n'eût-il pas commis les crimes auxquels il a été entraîné ; l'inaction de la justice a, en quelque sorte, atténué ses fautes. Et puis la défense sociale ne demande qu'une peine ; une seule peine suffit à l'expiation des crimes commis, les autres ne seraient qu'une inutile rigueur.

On retrouve des traces de ce principe dans les législations étrangères. C'est ainsi que le Code pénal d'Autriche dispose (art. 28) que : « si un délinquant est coupable de plusieurs délits de différentes espèces, on doit le punir pour le délit qui entraîne la peine la plus grave, en ayant néanmoins égard aux autres délits. » Le Code du Brésil, au contraire, prescrit l'exé-

cution des diverses peines, « l'une après l'autre, en commençant et en continuant de la plus forte à la moindre » (art. 61). La loi pénale de Suède (ch. 4, § 5) se borne à augmenter la plus longue des peines encourues d'une durée de deux ans au plus [1].

Le principe posé, arrivons à son application. Nous n'avons point à nous occuper ici de l'influence que ce principe doit exercer sur l'action publique et sur les poursuites qui peuvent être dirigées postérieurement à la première condamnation [2], mais seulement de ses effets sur l'exécution des peines prononcées.

La Cour de cassation n'a point cessé de suivre un système qui peut se résumer en peu de mots. Si les diverses peines encourues par le même condamné sont d'une nature différente par exemple cinq ans de travaux forcés et cinq ans de réclusion, elle décide que *la plus forte* de ces peines, celle des travaux forcés, doit seule être exécutée [3]. Mais si les deux

1. * * Le Code pénal belge admet le cumul des peines pour le concours des délits, mais sans qu'elles puissent dépasser le double du maximum (art. 60) ; en cas de concours de crimes, la peine la plus forte est prononcée et on peut y ajouter 5 ans au maximum (art. 62) ; enfin, en cas de concours d'un crime avec un ou plusieurs délits, la peine la plus forte absorbe les autres (art. 5!). — Le Code pénal du Luxembourg permet d'élever la peine criminelle de 5 ans au-dessus du maximum. — Le Code russe prononce le *maximum* de la peine la plus forte; en cas de concours d'un crime avec des délits, la peine criminelle absorbe les autres. (art. 251]. — Le Code pénal allemand pose ainsi le principe, dans son art. 74 : « Quiconque aura, par plusieurs actes distincts, commis plusieurs crimes ou délits, ou plusieurs fois le même crime ou délit, et aura par là encouru plusieurs peines corporelles temporaires, sera condamné à une seule peine, au moyen de l'élévation de la peine la plus forte. En cas de concours de peines corporelles de différentes natures, l'élévation portera sur celle qui est la plus grave par sa nature. La durée de la peine prononcée ne pourra atteindre le montant total des peines encourues, ni excéder quinze ans de réclusion, dix ans d'emprisonnement ou quinze ans de détention. — Les art. 75 à 78 font l'application de ce principe, qui nous paraît le plus rationnel.

2. V. notre Traité de l'instr. crim., t. 2. p. 722, 2e éd.

3. Cass., 29 juin 1821, Bull. n. 103 ; 15 oct. 1825, Bull. n. 207 ; 29 juill. 1826, Bull. n. 146 ; 29 déc. 1826, Bull. n. 264 ; 6 avril 1827, Bull. n. 73 ; 19 sept. 1828, Bull. n. 270 ; 26 mai 1831, Journ. du dr. crim., p. 221.

peines sont de la même nature, par exemple huit ans, puis douze ans de travaux forcés, elle juge, au contraire, qu'elles doivent être subies cumulativement jusqu'à concurrence du maximum de la peine [1]. Ainsi, dans la première hypothèse, elle ne permet d'exécuter que la plus grave des peines prononcées ; dans l'autre, elle en autorise le cumul. Là, par la peine *la plus forte*, elle entend la plus grave des peines encourues, ici le maximum de la peine applicable [2].

171. A cette jurisprudence nous opposerons une théorie qui nous paraît simple et rationnelle : c'est l'application du même principe à l'exécution de toutes les peines, soit qu'elles diffèrent ou se rapprochent par leur nature ; car, à l'égard de toutes, il est empreint de la même puissance de raison. Qu'importe, en effet, que les deux peines encourues par le même condamné soient celles des travaux forcés et de la réclusion, ou deux applications successives de l'une de ces peines seulement? Dans l'un et l'autre cas, n'y a-t-il pas deux peines distinctes ? et le vœu de la loi n'est-il pas de n'en exécuter qu'une seule? S'il y a cumul lorsqu'on réunit la réclusion aux travaux forcés, comment ce cumul s'effacerait-il lorsqu'on réunit les travaux forcés aux travaux forcés ?

L'erreur prend sa source dans l'interprétation donnée aux mots « *la peine la plus forte* » de l'art. 365. Ce que la loi a évidemment entendu, selon nous, c'est *la plus forte* des peines encourues par les différents crimes, la plus forte comparée à ces autres peines, celle que le crime le plus grave a motivée. Sans doute la Cour d'assises avait la faculté d'épuiser le *maximum* de cette peine, si le coupable méritait cette sévérité ; mais si elle ne l'a pas fait, la peine qu'elle a mesurée doit seule être appliquée, parce que la loi l'a jugée suffisante pour expier les différents crimes ; et c'est contredire ce vœu clairement manifesté que de faire concourir, par des pour-

1. Cass., 27 fév. 1824, Bull. n. 34; 6 août 1824, Bull. n. 102; 8 oct. 1824.

2. Cass., 18 oct. 1845, Bull. n. 328; 15 juin 1850, *ibid.*, n. 199; 10 mai 1855, *ibid.*, n. 100 ; 18 janv. 1850, *ibid.*, n. 25 ; 5 août 1842, *ibid.*, n. 191 ; 25 août 1842, n. 219. — * * V. encore : Cass., 15 juin 1877 ; Bull. n. 145 ; — 11 déc. 1879 ; Bull. n. 225 ; — 13 février 1880 ; Bull. n. 32 ; S. 81. 1. 233 — 23 déc. 1880 ; Bull. n. 243.

suites postérieures, les autres crimes à aggraver cette peine jusqu'à l'épuisement de son *maximum*, sous prétexte que *la peine la plus forte*, c'est le *maximum* de la peine.

La conséquence de la doctrine que nous combattons en démontre au surplus l'erreur ; car elle fait dépendre la cumulation des peines, c'est-à-dire l'aggravation du sort du condamné, non du caractère plus ou moins immoral des crimes, mais d'un fait qui lui est étranger, du hasard qui lui a fait infliger des peines d'une même nature. Ainsi, déjà condamné à cinq ans de réclusion, si l'accusé encourt une deuxième fois cinq ans de la même peine, ces deux peines seront cumulées dans leur exécution, parce que, réunies, elles n'excèdent pas le *maximum* de la réclusion. Si au contraire, le crime nouvellement découvert a mérité cinq ans de travaux forcés, il ne subira que cette dernière peine, parce qu'en vertu du principe de la non cumulation des peines, elle absorbe la première qui est la moins grave. Mais n'est-il pas impossible d'admettre cette diversité de solution pour un même cas, cette justice à deux faces pour le même degré de moralité, cette peine simple ou double, suivant que le condamné a été atteint de deux condamnations semblables ou dissemblables ?

Il nous paraît donc que la règle qui défend la cumulation des peines devrait recevoir une application uniforme dans toutes les espèces, et que par conséquent l'accusé, frappé de plusieurs condamnations successives, à raison de faits antérieurs à la première, ne devrait subir qu'une seule peine, la plus grave de celle qu'il a encourues, abstraction faite de leur nature et de leur analogie. Ainsi, lorsque cet accusé a été condamné, comme dans l'espèce de l'arrêt du 6 août 1824, d'abord à huit ans, ensuite à douze ans de travaux forcés, il ne faudrait pas, comme le décide cet arrêt, grouper ces deux peines pour n'en former qu'une seule de vingt ans, mais y voir ce qu'elles sont, deux peines distinctes, applicables à deux crimes divers, et n'exécuter que la plus forte, celle de douze ans de travaux forcés, attendu, comme la Cour de cassation l'a dit ailleurs [1], que « la peine applicable au crime le plus grave fait expier tous les autres crimes. »

1. Cass., 20 juill. 1826, Bull. n. 146.

172. Toutefois il est nécessaire de réserver une exception pour le cas où la Cour d'assises a formellement énoncé l'intention de réunir dans l'exécution deux peines de la même nature : car le vœu de la loi, exprimé par les art. 365 et 379 du Code d'instruction criminelle, est que les divers crimes soient réunis dans une même poursuite, afin que la Cour d'assises, qui ne peut alors prononcer qu'une seule peine, puisse la mesurer sur l'ensemble de la conduite du prévenu. Or, si la position de l'accusé ne doit pas être aggravée par des poursuites à dessein multipliées, il ne faut pas non plus que la division quelquefois indispensable de ces poursuites lui soit profitable, en dérobant à la justice une partie de sa moralité. La Cour d'assises conserve donc, lorsque l'accusé reparaît devant elle pour un fait antérieur au premier jugement, la faculté d'aggraver sa première peine jusqu'au maximum, car elle avait ce droit sur la première accusation ; elle l'aurait eu, à plus forte raison, si les deux accusations avaient été réunies, elle ne peut donc en être privée parce qu'elles ont été séparées [1]. Mais cette hypothèse ne peut que rarement se présenter, puisque l'accusé, déjà condamné, ne peut être remis en jugement pour un fait antérieur, qu'autant que ce fait sera passible d'une peine plus grave que la première [2].

Il résulte de ce qui précède et de la jurisprudence : 1° que les peines ne peuvent être cumulées à moins qu'elles ne soient de même nature et que le maximum n'en soit point épuisé : ainsi, quand un accusé est déclaré coupable de meurtre et de faux, l'arrêt ne peut ajouter à la peine principale, celle du meurtre, l'amende spéciale du faux [3] ; 2° que l'article 365 est un principe général applicable à toutes les infractions

1. V. dans ce sens, Cass., 15 mars 1828, Bull. n. 88 ; 17 avril 1832, *ibid.*, n. 148 ; 2 août 1833, *ibid.*, n. 298 ; 4 juin 1836, *ibid.*, n. 181.

2. V. sur ce point, Traité de l'instr. crim., t. 2, p. 722, 2e éd.— * * C'est là toutefois une question controversée, et nous croyons tout-à-fait, pour notre part, que l'épuisement de la pénalité n'est pas une cause qui mette obstacle à l'exercice de l'action publique (V. Cass., 3 janv. 1867 ; S. 67. 1. 461 ; — 13 fév. et 29 juill. 1880 ; Bull. nos 32 et 150 ; S, 81. 1. 233).

3. Cass., 29 août 1867, Bull. n. 204 ; 15 avril 1864, Bull. n. 99.

atteintes de peines criminelles ou correctionnelles qui n'en ont pas été explicitement ou implicitement exceptées, soit par un texte formel de la loi, soit par le caractère spécial et exceptionnel de la pénalité. Ainsi, la peine du délit d'homicide par imprudence ne peut être cumulée avec les amendes applicables à des infractions à la police du roulage [1]; 3° mais qu'aux termes mêmes de cet article, son application ne s'etend pas aux contraventions de police [2].

173. Une difficulté sérieuse est de savoir quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les questions qui naissent dans le cours de l'exécution des peines. Ainsi, deux arrêts successifs, contre lesquels le condamné ne s'est pas pourvu, lui infligent l'un et l'autre six ans de réclusion, pour faits antérieurs à la première condamnation ; ainsi encore un autre condamné encourt, pendant la durée de sa peine et par récidive, une autre peine plus forte que la première ; enfin, il s'élève des difficultés à l'égard d'un troisième sur l'époque de sa libération. A quelle autorité appartient-il de faire rentrer cette peine dans les limites légales, de fixer le jour où celle-là a dû commencer, où celle-ci doit s'achever ?

La loi a chargé le ministère public du soin de faire exécuter les condamnations (art. 197 et 376, C. intr. crim.); et de cette attribution générale la Cour de cassation a induit qu'il appartenait aux magistrats qui sont investis de ces fonctions, de résoudre les questions qui s'élèvent dans l'exécution des peines. « Ce n'est point aux tribunaux, porte un arrêt du 6 avril 1827, qu'il appartient de pourvoir à l'exécution de la condamnation prononcée ; la loi s'est reposée, quant à ce soin, sur les officiers du ministère public, et à la charge par eux de ne pas s'écarter des dispositions de la loi [3]. »

1. Cass., 24 nov. 1864, Bull. n. 263. — ** Ainsi encore, il a été jugé que l'ivresse manifeste sur la voie publique, lorsqu'elle a lieu en état de récidive, étant punissable d'une pénalité correctionnelle, constitue un délit auquel la règle du non-cumul des peines est applicable. (Cass., 30 juin 1881 ; Bull. n° 165 ; — 24 avril 1885 ; Bull. n° 120). — V. aussi *suprà*, p. 233, n. 2.

2. Cass., 16 avril 1864, Bull. n. 106 ; 13 avril, 21 juin, 30 août 1866, n. 107, 160 et 217 ; 5 août 1869. n. 189.

3. S. 27.1.515 ; et Cass., 20 juill. 1827, S. 27.1.532.

Nous admettons également ce pouvoir, en le renfermant toutefois dans de certaines limites. L'exécution d'un arrêt, tant qu'elle ne donne lieu à aucune contestation, est une opération purement administrative. Il rentre donc dans les attributions du ministère public, chargé de la surveiller, de statuer sur toutes les difficultés qu'elle présente. Ainsi, nul doute qu'il ne puisse fixer soit l'époque où la peine expire, soit le mode de son exécution.

Mais s'il y a réclamation de la part du condamné, si le ministère public s'écarte des dispositions de la loi, s'il s'élève un incident contentieux, faut-il se borner à la seule interprétation de ce magistrat ? Le ministère public pourrait-il donc, de sa seule autorité, aggraver la position d'un condamné par l'interprétation rigoureuse d'un arrêt obscur, ou de deux condamnations contradictoires ? La loi n'a nulle part consacré un tel pouvoir, une juridiction aussi extraordinaire. Dès qu'il y a contestation, la compétence du ministère public expire, et c'est alors au seul pouvoir duquel émane l'arrêt qu'il appartient soit de l'interpréter, soit de prononcer sur les incidents contentieux que son exécution fait naître [1].

Cette limite apportée au pouvoir du ministère public a été sanctionnée par la Cour de cassation elle-même. Le principe en est posé avec une grande précision dans un arrêt du 23 février 1833 [2], qui porte que : « si le ministère public est exclusivement chargé de l'exécution des jugements, les questions qui s'élèvent à l'occasion de cette exécution, soit quant à la prescription, soit quant à la remise, soit quant à l'expiration de

1. ** Un autre système attribue compétence au tribunal civil du lieu de l'exécution ; parce que les tribunaux criminels sont des juridictions d'exception, qui à ce titre ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements (Bertauld, *Cours du Code pénal*, XIVe Leçon, p. 314. — V. aussi Réquisitoire de M. Dupin, du 25 nov. 1830 ; S. 31.1.64, attribuant compétence au tribunal civil dans le cas seulement où le condamné est détenu hors du ressort du tribunal qui a rendu la condamnation). — Si l'on adopte ce système, peut-être y aurait-il lieu de réserver le cas où la question soulevée ne serait qu'une question d'interprétation du jugement.

2. Journ. du dr. crim., 1833, p. 137 ; et arr. Paris 15 juill. 1833, *ibid.*, p. 191.

la peine, présentent un caractère contentieux qui devient l'accessoire de l'action publique, et doivent suivre le sort de cette action et être portées devant les juges compétents pour décider sur le principal. »

Ainsi donc, toutes les fois que les questions présentent un caractère contentieux, le pouvoir administratif dont est investi le ministère public cesse, et la juridiction dont émane la condamnation se ressaisit pour statuer sur l'incident ; dans les autres cas, le ministère public conserve, comme une conséquence de l'obligation de faire exécuter, le pouvoir de résoudre les incidents relatifs à cette exécution. C'est de cette distinction que découle la règle qui doit servir à vider les difficultés qui surgissent incessamment dans cette matière.

Le condamné peut réclamer à raison de l'exécution des peines qu'il a encourues, lors même que le second arrêt a omis de statuer sur la question du cumul. Cette omission ne peut motiver un pourvoi en cassation, lorsqu'il n'a été pris au moment de cet arrêt aucunes conclusions sur ce point [1]. Mais la question, n'ayant pas été tranchée, demeure entière et le condamné peut la soulever au moment de l'exécution de la peine qu'il considère comme absorbée par la prohibition du cumul.

§ III. — *De l'exécution des peines correctionnelles.*

174. Nous ne parlerons dans ce paragraphe que de la peine d'emprisonnement : celle de l'amende se confond, quant à son exécution, avec les autres peines pécuniaires, et nous renvoyons en conséquence les questions qui s'y rattachent au troisième paragraphe de ce chapitre.

Nous avons à examiner de quel jour la peine de l'emprisonnement commence à courir, dans quelles maisons elle doit être subie, et quelles sont les règles applicables aux incidents contentieux qui peuvent s'élever dans le cours de son exécution.

1. Cass., 16 janv. 1864, Bull. n. 14.— * * Cass., 15 juin 1877 ; Bull. n° 145. — 11 déc. 1879 ; Bull. n° 225 ; — 13 fév. 1880 ; Bull. n° 32 ; S. 81. 1. 233 ; — 23 déc. 1880 ; Bull. n° 243.

On a vu précédemment qu'un principe général est que la durée des peines temporaires compte du jour où la condamnation est devenue irrévocable (art. 23 du Code pénal). Cependant ce principe n'a point été adopté sans que de vives réclamations aient protesté contre la disposition qui ne compte en rien dans la durée de la peine l'emprisonnement préalable qui souvent a excédé cette durée. « Le projet de loi, a dit M. Dumon dans son rapport, n'a pu faire entièrement droit à ces réclamations. L'emprisonnement préalable est un tribut que chacun paye à la sécurité de tous : l'innocent qu'une détention préalable a frappé ne peut obtenir aucune réparation. Traitera-t-on le coupable avec plus de faveur ? D'ailleurs l'emprisonnement préalable diffère trop de la plupart des peines, pour qu'on puisse l'assimiler avec elles et le précompter sur leur durée. Quel rapport y a-t-il, par exemple, entre l'emprisonnement préalable et les travaux forcés ? Votre commission adhère donc au principe posé par le projet de loi, que la durée des peines temporaires ne compte que du jour où la condamnation est devenue irrévocable. »

Mais ce dernier argument n'avait aucune force à l'égard du simple emprisonnement. Aussi la loi a-t-elle admis une exception relative à cette peine. « Votre commission, continuait le rapporteur, approuve l'exception introduite à l'égard des condamnations à l'emprisonnement correctionnel, qui courront du jour même de la condamnation, lorsque l'appel, ou le pourvoi qui en suspend l'exécution, n'émane pas du condamné. Elle vous propose d'étendre cette exception même au cas où le condamné se pourvoit en appel ou cassation, quand la peine est réduite sur ce pourvoi. S'il est juste que le condamné ne souffre pas du recours que le ministère public exerce, il est juste aussi qu'il ne souffre pas du recours qu'il a dû exercer, et dont l'événement démontre la justesse. »

175. De là l'article 24 ainsi conçu : « Néanmoins, à l'égard des condamnations à l'emprisonnement, prononcées contre des individus en état de détention préalable, la durée de la peine, si le condamné ne s'est pas pourvu, comptera du jour du jugement ou de l'arrêt nonobstant l'appel ou le pourvoi du ministère public, et quel que soit le résultat de cet appel ou

de ce pourvoi. Il en sera de même dans le cas où la peine aura été réduite, sur l'appel ou le pourvoi du condamné. »

On doit remarquer, d'abord, que le bénéfice de cet article, tout à fait exceptionnel, ne s'applique qu'aux condamnés qui sont *en état de détention préalable*. Ceux qui ont conservé leur liberté demeurant sous l'empire du droit commun, la loi n'a pu abréger les lenteurs de cette détention qu'en faveur de ceux qui la subissaient : la peine, à l'égard des autres, ne peut compter que du jour de l'écrou.

L'article est également inapplicable aux condamnés qui ont formé soit un appel, soit un pourvoi, si la peine qu'ils ont encourue n'a pas été réduite sur cet appel ou d'après l'événement de ce pourvoi. Cette peine ne commence alors à courir que du jour où la condamnation est devenue définitive. Un amendement avait été proposé, dans la discussion de la loi du 28 avril 1832, pour faire remonter dans tous les cas la peine au jour du jugement. On disait à l'appui : l'appel ou le pourvoi appartient au prévenu comme au ministère public ; toutefois l'article aura pour effet d'en gêner l'exercice en faisant craindre au prévenu que sa peine ne soit prolongée par l'événement de ce recours. Il faut qu'il soit libre de ces préoccupations, ou la voie que lui ouvre la loi pour obtenir la réforme du premier jugement deviendrait illusoire. Cet amendement a été repoussé : le condamné ne peut se plaindre, a-t-on répondu, de ce qu'un appel qu'il a pu empêcher vienne allonger sa détention : cet appel est son fait personnel ; il a dû en calculer les avantages et les inconvénients. D'ailleurs, si l'on attachait à l'appel du condamné la même faveur qu'à celui du ministère public, il ne manquerait jamais d'appeler, certain d'avance que les délais de cette instance seraient imputés sur sa peine, et de là une foule de recours capricieux qu'on doit éviter.

166. Le système de la loi est, du reste, simple et facile à formuler. Elle distingue entre le recours du ministère public et celui du prévenu. Dans le premier cas, quel que soit le résultat de ce recours, la peine court du jour de la condamnation. Dans le second, au contraire, c'est le résultat du recours qui fixe le point de départ de la peine : si ce résultat justifie

la démarche du condamné, si la peine est réduite, elle remonte au jour de la condamnation ; si le recours est jugé mal fondé, si la peine est maintenue ou aggravée, elle ne compte que du jour où cette condamnation devient définitive.

Un député avait demandé que l'on prévît dans l'art. 24 le cas du pourvoi comme celui de l'appel, en ajoutant ces mots : *si le condamné n'a pas interjeté appel ou ne s'est pas pourvu.* Mais M. Parant a expliqué que l'intention de la commission avait été de placer l'appel et le pourvoi sur la même ligne, et que dans l'expression *pourvu* elle avait voulu comprendre ces deux voies de recours. Ainsi ce point est hors de question.

Posons maintenant quelques hypothèses. Le ministère public appelle seul d'un jugement qui condamne un prévenu à six mois d'emprisonnement, et ce jugement est maintenu purement et simplement par la Cour : nul doute que la peine ne dût remonter au jour du premier jugement. Mais le condamné se pourvoit contre l'arrêt, et son pourvoi est rejeté : la peine comptera-t-elle du jour du jugement ou de l'arrêt ? Du jour de l'arrêt seulement, car il a perdu par ce pourvoi le bénéfice de son premier acquiescement. Supposons, au contraire, que l'arrêt ait été cassé, et que la peine soit réduite par les juges saisis par le renvoi de l'affaire : cette peine devra courir encore du jour de l'arrêt attaqué, car par ces mots de l'art. 24, *à compter du jugement ou de l'arrêt,* la loi évidemment a voulu parler du jugement ou de l'arrêt contre lequel l'appel ou le pourvoi a été dirigé, Supposons encore que la peine ait été aggravée ou maintenue, elle ne courrait que du jour de l'arrêt qui la maintient ou l'aggrave. Que si le prévenu, après avoir formé soit un appel, soit un pourvoi, s'est désisté, la peine ne court, au cas de d'appel, que du jour qu'il a été donné acte du désistement, « attendu que l'appel en matière correctionnelle a pour effet, non seulement d'arrêter l'exécution du jugement, mais de remettre en question, devant la juridiction supérieure, les faits soumis à l'appréciation des premiers juges [1] ; » mais elle court, au contraire, à partir du

1. Cass., 12 nov. 1855, Bull. n. 367.

jour du jugement, au cas de pourvoi, attendu que la Cour de cassation, quand elle donne acte à un condamné de son désistement, déclare que son pourvoi sera *réputé non avenu* ; qu'il en résulte qu'il se trouve dans le même état que si le pourvoi n'avait pas existé [1]. Cette décision est fondée sur la brièveté du délai de ce dernier cas, qui ne permet pas au demandeur un examen utile de l'affaire avant son expiration. Ces exemples suffiront sans doute pour bien faire saisir le système de l'art. 24.

Il nous reste à remarquer que cet article parle des *condamnations à l'emprisonnement*, sans distinguer de quelle juridiction elles émanent. Il faut en conclure que la règle exceptionnelle qu'il pose est applicable aux condamnations qui sont prononcées par les Cours d'assises, comme à celles que rendent les tribunaux correctionnels. La peine d'emprisonnement qu'une Cour d'assises inflige à un accusé détenu se compte donc du jour de l'arrêt, s'il ne s'est pas pourvu, et, en cas de de pourvoi, du jour où la condamnation est devenue irrévocable.

177. L'art. 40 du Code veut que tout condamné à la peine d'emprisonnement soit renfermé dans une maison de correction : cette sage disposition, qui a fait nommer cette peine *correctionnelle*, n'est point exécutée. A peine existe-il, dans quelques chefs-lieux de département, des maisons de correction. L'administration, se fondant sur ce que le Code pénal a établi, pour l'application des peines de la récidive, une différence essentielle entre les condamnés *à un an de prison* et les condamnés *à plus d'un an*, a séparé avec raison ces deux classes de condamnés [2] ; mais, malheureusement, elle ne les a distinguées que pour les confondre avec d'autres catégories, non moins distinctes, de détenus.

Les condamnés *à moins d'un an* subissent la plupart du temps leur peine dans les maisons d'arrêt ou du justice, mêlés avec les prévenus ou les accusés, malgré le vœu formelle-

1. Cass., 12 nov. 1829, Bull., 121 ; 23 fév. 1833, *ibid*, n. 174 ; 4 fév. 1848, 3 juill. 1852, *ibid*., n. 221 ; 26 mai 1853, *ibid*., n. 183.
2. Ord. du 6 juin 1830.

ment exprimé par l'art. 604 du Code d'instruction criminelle pour la séparation de ces deux classes de détenus ; et les condamnés *à plus d'un an* sont confondus, dans les maisons centrales de détention, avec les condamnés à la réclusion ou aux travaux forcés [1]. L'organisation des maisons de correction ne serait pas seulement la stricte exécution du Code pénal, elle serait encore une œuvre de morale et d'humanité; elle ferait la gloire du ministre qui l'entreprendrait [2].

Ce classement n'est pas tellement précis qu'il ne laisse quelquefois des incertitudes sur la prison où les prévenus doivent être conduits. Ainsi on a demandé si l'individu que frappent deux condamnations qui, réunies, excèdent un an de prison, doit être transféré dans une maison centrale. La négative résulte des motifs sur lesquels repose l'ordonnance du 6 juin 1830 ; les condamnés à plus d'un an ne sont transférés dans les maisons centrales que parce qu'ils sont passibles des peines aggravantes de la récidive, et que, sous ce rapport, ils forment une classe à part parmi les condamnés correctionnels. Or, deux ou plusieurs condamnations successives ne produisent pas cet effet, encore bien qu'elles excèdent un an ; le condamné qui les a encourues doit donc les subir dans la prison départementale. Mais il devrait sans doute en être autrement, si le condamné à trois ou six mois de prison se trouvait déjà détenu par suite d'une autre condamnation dans une maison centrale ; car il n'y aurait aucun danger à le laisser avec une classe de condamnés à laquelle il appartient déjà, et on éviterait ainsi les inconvénients et les dépenses d'une

1. Ord. du 2 avril 1817.

2. * * Rappelons que la loi du 5 juin 1875 *sur le régime des prisons départementales* a ordonné la séparation de jour et de nuit des *inculpés*, *prévenus* et *accusés*, et a institué le régime de l'emprisonnement individuel, obligatoire pour les condamnés à un emprisonnement d'un an et un jour et au-dessous, facultatif pour les condamnés à plus d'un an et un jour, en ajoutant que la durée des peines supérieures à trois mois subies sous le régime de l'emprisonnement individuel serait de plein droit réduite d'un quart. Mais cette loi, qui nécessite la transformation des prisons départementales, est loin d'avoir reçu une application générale. — V. aussi le décret du 11 nov. 1885, portant règlement du service et du régime des prisons de courtes peines affectées à l'emprisonnement en commun.

translation. Au reste, on a déjà remarqué que cette séparation est purement administrative, et dès lors rien ne s'oppose à ce que l'administration y déroge.

En général, les jugements et arrêts qui prononcent des condamnations à moins d'un an d'emprisonnement doivent être exécutés dans les lieux mêmes où ils ont été rendus, ou dans la maison de correction du département, s'il en a été établi. Cette règle est une conséquence de l'art. 197 du Code d'instruction criminelle, qui veut que les procureurs de la République puissent surveiller cette exécution. Elle est une conséquence encore de l'exemplarité dont le législateur a voulu douer la peine; car ce but ne serait pas atteint, si l'exécution n'avait pas pour témoins les lieux mêmes où le délit a été commis, si ce délit n'était pas expié sous les yeux qui l'ont vu commettre. Ce n'est donc qu'avec une grande circonspection, et pour les motifs les plus graves, que l'administration ou le ministère public peut autoriser l'exécution d'une peine dans un autre lieu que celui de la condamnation; mais cette règle n'est exécutée qu'à l'égard des peines de moins d'un an; l'institution des maisons centrales de détention, qui sont alimentées chacune par plusieurs départements, y dérobe les autres condamnés.

178. Nous hésitons à signaler ici un usage que des considérations d'humanité peuvent justifier quelquefois, mais qui n'en constitue pas moins même alors une infraction grave à la loi: des condamnés obtiennent fréquemment, sous prétexte de maladie, leur translation dans des maisons particulières appelées maisons de santé. Aucune disposition légale ne justifie une telle mesure; la loi du 4 vendémiaire an VI, qui a prévu le cas de maladie des détenus, ne permet leur translation que dans des hospices, et à la charge qu'il sera pourvu à leur garde (art. 15 et 16). Les maisons particulières n'offrent aucune des garanties d'un établissement public, et il est visible que la peine est interrompue pendant la résidence des condamnés dans ces maisons. Ces translations sont donc évidemment illégales; et si l'on ajoute qu'elles peuvent être accordées avec légèreté, qu'elles le sont toujours par faveur, et que les condamnés qui ont quelque fortune peuvent seuls

en profiter, il s'ensuit qu'elles sont encore entachées d'injustice vis-à-vis des autres détenus.

179. Lorsque la condamnation émane du tribunal d'appel, est-ce dans la prison de la résidence de ce tribunal, ou dans celle de la résidence des premiers juges, que la peine doit être subie ? Cette question se résout par une distinction : si les juges d'appel n'ont fait que confirmer purement et simplement le jugement de première instance, c'est en définitive ce dernier jugement qu'il s'agit d'exécuter, et dès lors c'est aux lieux où il a été rendu que la peine doit être subie ; si ce jugement, au contraire, a été modifié dans quelque partie par les juges d'appel, la condamnation est le fait de ces juges, elle leur appartient, et c'est alors dans la prison de leur résidence que le condamné doit être écroué.

180. L'exécution des peines appelle dans tous les cas le concours de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative ; et, comme les limites de ces deux autorités en cette matière sont mal définies, il en résulte des froissements assez fréquents. Ces difficultés étaient inconnues sous l'ancienne législation, où l'administration des prisons appartenait aux lieutenants généraux des sénéchaussées et bailliages et autres premiers juges des justices ordinaires, chacun dans son ressort [1]. L'Assemblée constituante en divisa les attributions, et remit au pouvoir administratif l'administration matérielle de ces établissements, c'est-à-dire la direction de leur police, la surveillance de leur régime et de leur salubrité, la fixation et le paiement de leurs dépenses. A côté de ces attributions, la loi a réservé une attribution, pour ainsi dire parallèle, à l'autorité judiciaire : les présidents des assises et les juges d'instruction sont d'abord investis d'un droit d'inspection et de surveillance sur l'administration même des prisons (art. 611 et 613 du C. d'inst. crim.). Mais ce droit devient plus étendu entre les mains du ministère public ; la loi le charge spécialement de donner tous les ordres nécessaires pour l'exécution des peines (art. 197 et 376 du C. d'inst.

1. Déc. 7 fév. 1733 ; arr. 30 juill. 1678 ; arr. 1er sept. 1717 ; arr. cons. 16 mars 1705.

crim.). Or, quelles sont les bornes légales de ce pouvoir? Ce magistrat doit-il requérir seulement la translation des condamnés dans les maisons destinées à l'exécution de leurs peines? Doit-il l'ordonner lui-même directement? Ne peut-il pas du moins faire écrouer le condamné dans telle ou telle maison? Est-ce à lui, est-ce à l'administration qu'il appartient de faire cette désignation?

Cette difficulté ne peut guère se présenter à l'égard des condamnés à plus d'un an de prison, puisque les ordonnances des 2 avril 1817 et 6 juin 1830 ont fixé d'une manière précise les lieux de détention où cette peine doit être subie; mais elle peut s'élever fréquemment dans l'exécution des peines inférieures, et l'on chercherait vainement dans la législation une règle fixe pour la résoudre. De ce silence on doit sans doute inférer que le droit d'ordonner l'exécution d'une peine de moins d'un an, dans telle ou telle prison, peut être exercé concurremment, soit par le ministère public, soit par le préfet. Il est facile d'apercevoir que cette double action doit amener quelque confusion dans la pratique. Une ligne plus nette devrait être tracée entre les deux pouvoirs.

Toutefois la compétence de l'administration cesse nécessairement lorsqu'il s'élève sur l'exécution de la peine quelque incident contentieux; le ministère public peut seul statuer sur cet incident, sauf au condamné que cette solution concerne à en référer, s'il le juge convenable, aux juges dont la condamnation est émanée [1]. Cette dernière règle, que nous avons établie au sujet de l'exécution des peines afflictives, s'applique entièrement aux peines correctionnelles, et c'est même en cette matière que la Cour de cassation l'a consacrée [2].

181. Une autre règle également commune aux peines afflictives et correctionnelles est celle qui prohibe la cumulation de ces peines; l'art. 365 du Code d'instruction criminelle porte en effet: « En cas de conviction de plusieurs crimes ou

1. * * Ou au tribunal civil du lieu, suivant l'opinion que l'on adopte à cet égard. V. *supra*, p. 294 n. 1.

2. Cass., 23 fév. 1833, Journ. du dr. crim., p. 157.

délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. » Il serait sans objet de reproduire la théorie qui a été exposée dans le précédent paragraphe sur l'application de cet article ; les mêmes principes s'appliquent dans toutes les hypothèses. Nous ajouterons cependant quelques brèves observations.

On a vu que la Cour de cassation admet la cumulation des peines de la même nature, jusqu'à concurrence du *maximum*, pour des faits antérieurs à la première condamnation. Et l'on doit remarquer, pour l'application de ce système que nous avons combattu, d'abord que le *maximum* de la peine d'emprisonnement n'est que de cinq ans (art. 40, 57 et 58 du Code pénal) : d'où il suit que les diverses condamnations pour simples délits ne peuvent, quelque graves et nombreux qu'ils soient, excéder cette somme de temps, si le prévenu n'est pas en récidive ; ensuite, que si ces délits ne sont passibles que d'un emprisonnement inférieur à cinq ans, s'ils sont punissables, par exemple, de six mois, d'un an ou de deux ans de prison, c'est cette dernière peine, *maximum* de la peine la plus forte, qui devient l'invariable limite de la répression [1].

Mais, resserrée même dans ces bornes, cette doctrine nous semble très-contestable. Nous pensons que le législateur n'a voulu, dans l'hypothèse des art. 365 et 379 du Code d'instruction criminelle, n'infliger au prévenu qu'une seule peine pour les divers délits qu'il a commis, et non additionner les peines dont il était passible jusqu'au taux du maximum de la plus forte ; que si les juges peuvent épuiser ce *maximum*, il ne s'en suit pas qu'à leur insu, et peut-être contre leur gré, on puisse accumuler des condamnations isolées ; enfin, que la condition du prévenu ne doit pas être empirée, parce qu'il a été soumis à plusieurs accusations, au lieu d'être une seule fois jugé pour tous ses méfaits. Nous n'insistons pas sur ce principe que nous avons développé précédemment.

Nous rappellerons toutefois, en nous appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation, que le prévenu qui a en-

1. Cass., 18 oct. 1845, Bull. n. 328 ; 5 nov. 1846, *ibid.*, n. 281 ; 8 juin 1855, *ibid.*, n. 201.

couru une condamnation à l'emprisonnement moindre de cinq ans peut être néanmoins poursuivi pour un délit qu'il a commis antérieurement [1] : mais que les juges ont alors la faculté ou d'aggraver la peine jusqu'à cinq ans, pourvu que l'un des délits soit passible de ce *maximum*, ou de ne prononcer aucune peine, en se référant simplement à la première condamnation, si cette première peine leur paraît suffisante pour expier les deux délits [2].

§ III. — *De l'exécution des condamnations pécuniaires.*

182. Le recouvrement des condamnations pécuniaires s'opère par toutes les voies légales, mais le plus souvent par la voie de la contrainte par corps. La nécessité d'alléger le poids des frais de justice, et le besoin de prêter force à des condamnations qui prennent leur source dans un délit, ont fait maintenir ce mode rigoureux d'exécution, que l'ordonnance de 1670 (tit. 13, art. 29) autorisait également, et que l'Assemblée constituante avait conservé [3]. L'art. 52 du Code pénal n'a donc fait que recueillir un principe préexistant, lorsqu'il a déclaré que l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la contrainte par corps. »

Mais si cette règle est demeurée invariable dans la législation, il n'en est pas de même de son application. Dans l'ancien droit, la contrainte n'avait de terme que le paiement. Dans la législation de l'Assemblée constituante, la contrainte était également indéfinie lorsqu'elle était appliquée à des condamnations encourues pour crimes ; elle était limitée à un mois si la condamnation avait eu pour objet un simple délit, et que le condamné fût insolvable.

M. Target, dans l'exposé des principes du Code pénal, avait dit : « Toutes les fois que la nation est créancière, il convient

1. Cass., 8 oct. 1824, Bull. n. 133 ; 10 mai 1835, Bull. n. 160.

2. Cass., 29 avril 1832, Journ. du dr. crim., p. 247.

3. L. 22 juillet 1791, tit. 1er, art. 26 ; tit. 2, art. 41 ; L. 28 sept. 1791, tit. 2, art. 5.

que la contrainte ait un terme, à partir de l'expiration de la peine corporelle subie par le condamné. Après ce terme, si l'insolvabilité est constante et bien prouvée, la liberté provisoire sera rendue [1]. « Ce principe fut adopté ; mais le projet du Code n'avait posé de terme à la contrainte, en faveur des insolvables, qu'*après trois ans*, s'il s'agissait d'une condamnation résultant d'un crime, et *après un an*, lorsqu'elle dérivait d'un délit. La commission du Corps législatif trouva ces deux termes trop éloignés : « La durée de l'emprisonnement pour cause purement pécuniaire, à l'égard d'individus qui viennent de subir une peine, est excessive, soit en elle-même, soit en la comparant à ce qui s'est pratiqué jusqu'ici. Il n'y aurait dans la disposition du projet aucune proportion entre la durée de la peine du crime ou délit, et la mesure de garantie de l'acquit des condamnations pécuniaires ; et l'on ne peut s'empêcher de convenir que, si le terme d'un mois exigé en ce moment est trop court, ceux de trois ans et d'un an sont trop considérables [2]. » Ce fut d'après ces observations que la rédaction de l'art. 53 fut modifiée dans les termes suivants : « Lorsque des amendes et des frais seront prononcés au profit de l'État, si, après l'expiration de la peine afflictive ou infamante, l'emprisonnement du condamné, pour l'acquit de ces condamnations pécuniaires, a duré une année complète, il pourra, sur la preuve acquise par les voies de droit de son absolue insolvabilité, obtenir sa liberté provisoire. La durée de l'emprisonnement sera réduite à six mois s'il s'agit d'un délit ; sauf, dans tous les cas, à reprendre la contrainte par corps, s'il survient au condamné quelque moyen de solvabilité. »

Ainsi la théorie du Code se résumait dans ces deux règles : durée illimitée de la contrainte, 1° si la condamnation pécuniaire était prononcée au profit d'une partie civile ; 2° si cette condamnation était prononcée au profit de l'État, et que l'insolvabilité du condamné ne fût pas justifiée ; durée limitée soit à un an, soit à six mois, suivant que la condamnation

1. Locré, t. 29, p. 27.
2. Locré, t. 29, p. 183.

dérivait d'un crime ou d'un délit, lorsque le condamné justifiait d'une insolvabilité absolue. Le même principe, la même distinction se retrouvent dans les art. 467 et 469 du Code, relatifs aux matières de police. Il est inutile de faire remarquer la rigueur de ces dispositions.

183. L'art. 53 a été modifié et successivement atténué d'abord par la loi du 17 avril 1832, ensuite par le décret du 13 décembre 1848, enfin par la loi du 22 juillet 1867, qui est aujourd'hui la règle de la matière.

Il nous paraît inutile de reproduire les dispositions des deux premières lois qui se trouvent maintenant abrogées par celle du 22 juillet 1867 ; il suffit d'exposer et d'examiner le système de cette dernière loi.

Son objet principal a été la suppression de la contrainte par corps : ce n'est que par une exception au principe qu'elle a posé que la contrainte a été maintenue en matière criminelle. Les art. 1 et 2 sont ainsi conçus : « 1. La contrainte par corps est supprimée en matière commerciale, civile et contre les étrangers. — 2. Elle est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de police. » Quels ont été les motifs de cette distinction ?

On lit dans l'exposé des motifs : « Ici l'emprisonnement prend un autre caractère et nous sommes en présence de principes tout différents. C'est un tribunal de répression qui l'applique. Il le prononce, non pas sur un soupçon de mauvaise foi, mais sur une preuve de culpabilité ; non pas contre un débiteur qui avait été peut-être imprudent, ou qu'un malheur imprévu a mis malgré lui dans l'impossibilité d'acquitter sa dette, mais contre un homme qui a volontairement contrevenu à la loi pénale. Il a encouru une punition. Si, pour l'obliger à la subir entièrement, il est nécessaire de revenir à l'emprisonnement, n'est-il pas légitime, n'est-il pas juste qu'une condamnation complémentaire l'oblige par corps à payer toute la dette qu'il a contractée envers la société ? Souvent la législation répressive pour toute peine prononce une amende. Il en est ainsi pour des délits de pêche, des délits forestiers, des délits en matière de douane, pour les infractions les plus fréquentes peut-être, pour celles qui sont com-

mises surtout par de pauvres gens. Leur chétif mobilier est sans valeur, leur petit pécule est facilement caché. S'ils ne veulent pas payer l'amende, ils le peuvent. La condamnation restera inexécutée. La pauvreté, causée trop souvent par l'inconduite ordinaire des déprédateurs de toute sorte, sera un moyen d'impunité. En ce cas, la contrainte par corps est le seul moyen de donner force à la justice. Contre ceux qui peuvent payer, elle est un moyen légitime de contrainte. A l'égard des condamnés insolvables, elle est, sous quelques rapports, la substitution d'une peine à une autre. Sans doute cette coercition rigoureuse doit être appliquée avec modération : la sévérité serait injustice et un sage rapport doit être maintenu entre la peine principale et la peine subsidiaire. Mais si elle est employée avec mesure pour assurer la répression, la contrainte par corps est à l'abri de tout reproche. Il en doit être de même pour les restitutions et pour les dommages-intérêts accordés par suite d'une condamnation pénale. En matière pénale, il ne s'agit plus de contrat, mais de réparation. Le plaignant n'est créancier que parce qu'il a été victime. La société toute entière est intéressée à l'acquittement de ce genre de dette. Ce n'est pas assez pour elle que la peine ordinaire ait été subie. Pour que la conscience publique soit satisfaite, il faut encore que le préjudice soit réparé. Envisagée sous cet aspect, la contrainte par corps en matière criminelle est une sorte de peine éventuelle et complémentaire prononcée par anticipation pour le cas où le condamné ne voudrait pas ou ne pourrait pas satisfaire à la peine pécuniaire qui lui a été infligée au profit de la partie civile. Ainsi conservée, la contrainte par corps protège de grands intérêts. Elle permet à l'Etat d'atteindre avec une pleine efficacité les comptables infidèles. Elle donne les moyens de faire réparer les fraudes les plus graves qui sont atteintes par la loi pénale : les abus de confiance, les violations de dépôts, le détournement des deniers pupillaires, la banqueroute. Elle corrige enfin tout ce qu'aurait sans cela d'excessif l'entière abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. »

184. Dans quels cas la contrainte par corps demeure-t-elle

applicable ? Ces cas sont indiqués par les art. 3 et 4 de la loi. « Art. 3. Les arrêts, jugements et exécutoires portant condamnation au profit de l'État à des amendes, restitutions et dommages-intérêts en matière criminelle, correctionnelle et de police, ne peuvent être exécutés par la voie de la contrainte par corps que cinq jours après le commandement qui en est fait aux condamnés à la requête du receveur de l'enregistrement. » Art. 4. « Les arrêts et jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, sont à leur diligence signifiés et exécutés suivant les mêmes formes et voies de contrainte que les jugements portant des condamnations au profit de l'État. » Ainsi la contrainte par corps peut être appliquée comme moyen d'exécution lorsqu'il y a eu condamnation pénale en matière criminelle, correctionnelle ou de police. Si l'adjudication pécuniaire a été prononcée par un tribunal civil au profit d'une partie lésée, il est nécessaire, suivant les termes de l'art. 5 : 1° que cette condamnation ait été prononcée pour réparation d'un crime, d'un délit ou d'une contravention ; 2° que ce crime, ce délit ou cette contravention ait été reconnu par la juridiction criminelle. D'où il suit que toutes les fois que l'accusé a été soit acquitté, soit absous, il n'y a pas lieu à la contrainte pour le recouvrement des dommages-intérêts qu'il peut encourir en même temps [1].

185. Quelles sont les condamnations recouvrables par la voie de la contrainte par corps ? Ce sont, aux termes de la loi, les amendes, les restitutions et les dommages-intérêts. La condamnation aux frais avancés par l'État ne donnait pas lieu à l'emploi de cette mesure ; le deuxième paragraphe de l'art. 3 de la loi du 22 juillet 1867 porte : « La condamnation n'aura jamais lieu pour le paiement des frais au profit de l'État », ce qui supprimait toutes les difficultés auxquelles donnaient lieu la taxe et la liquidation souvent tardive de ces frais. Mais une loi nouvelle [2] leur restitue cette active sanction. Les frais

1. Cass., 10 janv. 1451, Bull. n. 716 ; 1er déc. 1855, n. 383. — * * V. aussi Cass., 8 nov. 1878 ; Bull. n° 208 ; — 25 avril 1883 ; Bull. n° 126.

2. * * Loi du 19 décembre 1871.

avancés par la partie civile donnent-ils lieu à la contrainte? Il faut répondre affirmativement, d'abord, parce que l'art. 3 n'avait aboli la contrainte que pour le paiement des frais au profit de l'État, ensuite parce que l'art. 5 la maintient pour l'exécution des arrêts et jugements contenant *des condamnations* en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice.

186. Le décime et le double décime de guerre, ajoutés par des lois spéciales aux amendes, sont-ils recouvrables par la contrainte comme celle-ci? Cette question, qui a soulevé des doutes sérieux, a été examinée par la Cour de cassation et résolue affirmativement : « Attendu que la loi du 6 prairial an VII, en ordonnant la perception à titre de subvention de guerre d'un décime par franc et sur des impôts qu'elle énumère, et en sus des amendes et des condamnations judiciaires, veut que ce décime soit perçu en même temps que le principal par les mêmes préposés, et par conséquent en la même forme, ainsi que le décident expressément les deux autres lois du même jour établissant une subvention de guerre en sus de la contribution foncière et de la contribution mobilière; que ce décime ainsi perçu par les diverses administrations chargées de recouvrer le principal, est donc une véritable augmentation des impôts de toute sorte et des amendes ; que l'art. 5 de la loi du 14 juillet 1855 ne laisse pas de doute à cet égard puisqu'il dispose en termes exprès « que le principal des impôts et des produits de toute nature soumis au décime par les lois en vigueur (ce qui comprend nécessairement les amendes) sera augmenté d'un nouveau décime » ; qu'il est donc incontestable que le décime et le nouveau décime sont une augmentation des amendes, et qu'ils en font partie et qu'ils en prennent la nature; que si la loi de l'an VII prescrit, en parlant de la perception du décime, qu'il en sera compté par un article séparé, on ne saurait en induire que le décime ne prend pas la nature du principal; qu'en s'exprimant ainsi et en disant que cette subvention sera perçue en même temps que le principal et par les mêmes préposés, sans donner lieu à aucune retenue pour ceux-ci, le législateur n'a voulu qu'une seule chose, empêcher que cette subvention, établie pour

pourvoir aux nécessités de la guerre, ne pût, même pour la plus minime partie, être détournée de sa destination ; qu'aux termes de la loi du 22 juillet 1867, les amendes sont recouvrées par la voie de la contrainte par corps ; que si elle déroge aux lois anciennes en ce qui concerne les matières civiles et commerciales et les frais avancés par l'État, elle la maintient en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police, pour le recouvrement des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais faits par la partie civile, et décide que la durée en sera fixée proportionnellement au montant des amendes et autres condamnations ; que le décime et le double décime supplément de l'amende, s'ils sont perçus à titre de subvention de guerre, n'en sont pas moins une partie intégrante de l'amende ; d'où il suit qu'il doit en être tenu compte pour fixer la durée de la contrainte par corps [1]. »

Cette solution a rencontré quelque résistance de la part des Cours d'appel, et à la suite d'un arrêt contraire de la Cour de Riom, la question a dû être renvoyée par la chambre criminelle aux chambres réunies [2]. L'un des arrêts attaqués proposait une distinction : il admettait que le décime fût recouvrable par la voie de la contrainte par corps, mais il déniait qu'il pût servir d'élément au calcul de la durée de cette contrainte. L'arrêt des chambres réunies du 16 janvier 1872 a rejeté cette distinction et a adopté la jurisprudence de la chambre criminelle.

187. Quelle est la durée de la contrainte ? Cette durée est fixée par l'art. 9 de la loi du 22 juillet 1867, ainsi conçu : « La durée de la contrainte par corps est réglée ainsi qu'il suit : — de deux jours [3] à vingt jours, lorsque l'amende et les autres condamnations pécuniaires n'excèdent pas 50 fr. ; — de vingt jours à quarante jours, lorsqu'elles sont supérieures à 50 fr.

1. Cass., 27 août 1868, Bull. n. 195.

2. Arr. de renvoi aux Chambres réunies du 28 juillet 1871.

3. * * Deux jours constituent le minimum applicable aux contraventions de police, la loi n'en ayant pas déterminé un autre. Est nulle, en conséquence, la disposition du jugement de simple police qui fixe à un jour la durée de la contrainte par corps (Cass., 17 avril 1874 ; Bull. n. 117).

et qu'elles n'excèdent pas 100 fr. ; — de quarante jours à soixante jours lorsqu'elles sont supérieures à 100 fr. et qu'elles n'excèdent pas 200 fr. ; — de deux mois à quatre mois, lorsqu'elles sont supérieures à 200 fr. et qu'elles n'excèdent pas 500 fr. ; — de quatre mois à huit mois, lorsqu'elles sont supérieures à 500 fr. et qu'elles n'excèdent pas 2,000 fr. ; — d'un an à deux ans, lorsqu'elles s'élèvent à plus de 2,000 fr. En matière de police, la durée de la contrainte par corps ne pourra excéder cinq jours. »

Le projet de loi avait proposé une échelle qui, moins rigoureuse et moins compliquée que celle de la loi du 17 avril 1832, a paru conserver encore une sévérité trop grande. Les rédacteurs du projet avouaient d'ailleurs la difficulté d'une telle disposition : « Une pareille détermination est difficile à faire, plus difficile encore à discuter. Un *minimum* trop faible énerverait la loi ; un *maximum* trop élevé lui donnerait un caractère peu moral ; car il pourrait se faire que l'emprisonnement causé par le non-paiement fût plus durable que la peine prononcée pour un délit très grave. Ces sortes d'échelles ne peuvent jamais être parfaites. On rencontre toujours des cas extrêmes qui donnent lieu à des objections plausibles. Ces difficultés auront été prévenues, autant qu'il est possible de le faire, par la grande modération du projet. » Néanmoins la commission du Corps législatif a subtitué aux chiffres de ce projet l'échelle simple et modérée qui a été consacrée dans l'art. 9. Son rapport ajoute : « Ces tempéraments déjà si marqués ont encore paru insuffisants à la commission lorsqu'il s'agit de contraventions soumises aux tribunaux de police. Là, en effet, où le *maximum* de la peine est de cinq jours de prison et 15 fr. d'amende, il serait difficile de concevoir que la durée de la contrainte mise à la disposition de l'État, pour le recouvrement de cette amende, pût aller jusqu'à vingt jours. Il a donc paru équitable de limiter cette durée à celle du *maximum* de la peine elle-même. »

188. La contrainte par corps est une voie ordinaire d'exécution des arrêts, jugements et exécutoires en matière criminelle, correctionnelle et de police. Il semble donc qu'elle a lieu de plein droit et qu'elle n'a pas besoin d'être prononcée,

ainsi que cela résulte de l'art. 52 du C. pén., et de là l'on a induit : 1° qu'il n'est pas nécessaire que le jugement qui la prononce motive cette condamnation [1], à moins qu'il ne s'agisse d'un cas où elle serait facultative [2] ; 2° que les juges peuvent la prononcer en appel, lors même qu'elle ne l'aurait pas été en première instance [3]. Mais, en dehors de ces solutions, cette règle a peu d'intérêt, puisqu'il est nécessaire que le juge la prononce pour en déterminer la durée : il doit fixer cette durée, puisque, aux termes de l'art. 9, elle est susceptible d'un *minimum* et d'un *maximum* entre lesquels il peut s'arrêter, et puisque, aux termes de l'art. 10, les insolvables doivent subir la moitié de la durée *fixée par le jugement.* Il y a donc lieu d'annuler, *parte in quâ*, le jugement qui omet de fixer la durée de la contrainte contre le condamné à l'amende [4]. Il y a lieu enfin d'annuler le jugement qui omet de prononcer la contrainte, parce que l'amende serait facultative et encourue seulement, en matière de chasse, dans le cas où l'arme, instrument du délit, ne serait pas déposée [5] ; que si un jugement passe en force de chose jugée et omet de fixer la durée de la contrainte, en prononçant des condamnations pécuniaires, il a été admis que cette omission peut être réparée par le juge qui a rendu ce jugement, en statuant sur le réquisitoire du ministère public ou sur une requête présentée par la partie civile [6].

189. La contrainte par corps cesse son effet : 1° lorsque le débiteur justifie de son insolvabilité ; 2° lorsqu'il fournit caution.

1. Cass., 21 juin 1835, D.23.1.225 ; 14 janv. 1853, Bull. n. 358.
2. Cass., 18 sept. 1862, Bull. n. 232.
3. Cass., 14 juill. 1827, Bull. n. 186.
4. Cass., 14 fév. et 23 mai 1868, Bull. n. 42 et 136. — * * Il a été jugé, d'autre part, que, lorsqu'un arrêt qui prononce la contrainte par corps a omis d'en fixer la durée, le minimum est de droit, et les condamnés ne sont pas recevables, faute d'intérêt, à se faire de cette omission un moyen de cassation. (Cass., 31 mai 1872 ; Bull. n. 131 ; — 31 janv. 1873 ; Bull. n. 31).
5. Cass., 11 fév. 1869, Bull. 32.
6. Cass., 22 juill. 1855, Bull. n. 249 ; 6 sept. 1855, n. 313 ; 1er déc. 1855, n. 383 ; 12 juin 1857, n. 225.

La faculté de justifier de son insolvabilité et les effets de cette justification sont réglés par l'art. 10 de la loi : « Les condamnés qui justifient de leur insolvabilité, suivant l'art. 420 du C. d'inst. crim., sont mis en liberté après avoir subi la contrainte pendant la moitié de la durée fixée par le jugement. »

La faculté de donner caution est l'objet de l'article 11, ainsi conçu : « Les individus contre lesquels la contrainte a été prononcée peuvent en prévenir ou en faire cesser l'effet, en fournissant caution, reconnue bonne et valable. La caution est admise pour l'État par le receveur des domaines ; pour les particuliers, par la partie intéressée. En cas de contestation, elle est déclarée, s'il y a lieu, bonne et valable par le tribunal civil de l'arrondissement. La caution doit s'exécuter dans le mois à peine de poursuites. »

190. La contrainte par corps, même dans les cas où elle est admise, reçoit plusieurs restrictions. Elle en reçoit d'abord en ce qui concerne les mineurs de 16 ans. L'art. 13 de la loi porte : « Les tribunaux ne peuvent prononcer la contrainte par corps contre les individus âgés de moins de 16 ans accomplis à l'époque des faits qui ont motivé la poursuite. » Elle est restreinte ensuite en ce qui concerne les débiteurs âgés de 60 ans. L'art. 14 est ainsi conçu : « Si le débiteur a commencé sa soixantième année, la contrainte par corps est réduite à la moitié de la durée fixée par le jugement, sans préjudice des dispositions de l'art. 10. » Ainsi le débiteur qui commence sa soixantième année, ne subit que la moitié de la durée fixée par le jugement, et, s'il est insolvable, la moitié de cette moitié. Si le sexagénaire n'a pas invoqué le bénéfice de son âge pour obtenir la réduction de la durée de la contrainte, et que les juges n'aient point eu à statuer sur ce point, la réduction s'opère de droit au moment de l'exécution ; c'est au receveur à faire jouir le condamné du bénéfice de l'art. 14[1]. Une troisième restriction a été admise par les art. 15 et 16, lorsque la poursuite est exercée par l'époux contre son conjoint ou par un parent contre ses parents au 3e degré. Lorsque la

1. Cass., 30 nov. 1867, Bull. n. 243.

contrainte est prononcée dans un cas où elle est prohibée, la Cour de cassation casse par retranchement et sans renvoi l'arrêt qui l'a appliquée [1]. Une quatrième restriction est admise par l'art. 17 qui, dans un intérêt d'humanité, dispose que: « Les tribunaux peuvent, dans l'intérêt des enfants mineurs du débiteur, et par le jugement de condamnation, surseoir, pendant une année au plus, à l'exécution de la contrainte par corps.» Enfin, il a été reconnu par une jurisprudence confirmée par de nombreux arrêts, que la contrainte ne doit point être appliquée, lorsque les arrêts prononcent soit la peine de mort, soit une peine perpétuelle [2]. La raison de cette décision est évidente : la contrainte par corps suppose la mise en liberté du débiteur après l'entière exécution de la peine ; or, ne serait-il pas dérisoire que l'arrêt qui prononce la peine capitale ou une peine perpétuelle, statuât pour un cas d'inexécution de cette condamnation ? Il ne peut d'ailleurs juger que dans l'état des faits qu'il constate ; il n'a pas le droit de prévoir une commutation qui pourrait les modifier.

191. Le caractère de la contrainte par corps, employée comme moyen d'exécution vis-à-vis des condamnés insolvables, n'a point été nettement défini par la loi. Quelques personnes y ont vu une véritable peine corporelle substituée à la peine pécuniaire ; d'autres, un simple moyen de recouvrement. Comme de l'un ou de l'autre de ces principes découlent des conséquences différentes, il importe de le fixer.

Le caractère pénal de cette mesure semble résulter de ce que la justification de l'insolvabilité ne suffit pas pour soustraire à la contrainte par corps le condamné, et de ce qu'il est assujetti, dans ce cas même, à un emprisonnement gradué sur l'importance des condamnations, avant de recouvrer sa liberté. La contrainte ne peut jamais être reprise contre lui pour le paiement de l'amende (art. 12 de la loi), d'où l'on induit qu'à son égard il y a eu conversion de l'amende en em-

1. Cass., 18 mai 1838, Bull. n. 131 ; 10 janv. 1839, n. 17 ; 29 mai 1840, n. 148 ; 15 janv. 1842, n. 10 ; 17 sept. 1863, n. 247.

2. Cass., 22 juill. 1865, Bull. n. 156. — ** Cass., 11 avril 1872 ; Bull. n. 85.

prisonnement. Enfin, l'intervention du ministère public dans l'exécution de la contrainte, et le désir manifesté par le législateur « de punir les délinquants qui échappent, par la preuve de leur insolvabilité, au paiement des condamnations pécuniaires, en leur faisant subir une détention », paraissent indiquer l'intention d'imprimer à la contrainte une mission pénale, de la faire concourir comme une peine au maintien de l'ordre public et de la sûreté générale.

Toutefois ces diverses inductions ne nous semblent point décisives. Les peines doivent être exprimées, elles ne se présument pas. Le Code rural portait : « La détention remplacera l'amende à l'égard des insolvables [1] » ; mais cette commutation n'a point été reproduite. Si la preuve de l'insolvabilité ne suffit pas pour ouvrir au détenu les portes de sa prison, c'est que la loi a voulu soumettre cette insolvabilité à l'épreuve d'une certaine détention. L'intervention du ministère public n'a qu'un but, celui de faciliter l'arrestation en la dégageant de formes onéreuses ; cette arrestation ne dépend d'ailleurs que du receveur de l'enregistrement, agent purement fiscal, et dans les mains duquel la loi n'eût assurément pas remis l'application d'une peine. La contrainte n'est donc qu'une voie d'exécution, un moyen de recouvrement.

Ce principe a reçu une consécration remarquable dans un avis du Conseil d'État du 15 novembre 1832, au rapport de M. Vivien, et qui déclare : « qu'aucune disposition n'indique que le législateur ait eu en vue, pour les insolvables, de commuer la peine pécuniaire en celle de l'emprisonnement ; qu'une semblable intention devrait être formellement exprimée, comme elle l'était en l'art 5, titre 2 de la loi du 28 septembre 1791, et que, dans ce cas, la commutation serait prononcée par le jugement ; que, loin de prononcer cette commutation, la loi du 17 avril ne considère l'emprisonnement que comme un moyen de contrainte, expression qu'elle emploie dans toutes les dispositions ; qu'après l'exercice de la contrainte, le condamné ne se trouve point libéré des condamnations, d'où il résulte qu'elles n'ont point été rempla-

1. L. 28 sept. — 6 oct. 1791, tit. 2. art. 5.

cées par l'emprisonnement ; que, si la contrainte ne peut être reprise, et si elle est proportionnée à l'importance de la dette, on ne saurait en tirer aucune conséquence, les mêmes règles étant établies pour les créances privées qui donnent lieu à la contrainte ; que la contrainte exercée malgré la justification de l'insolvabilité s'explique par la possibilité de forcer le débiteur à user de ressources qu'il aurait dissimulées, et qu'il peut encore posséder malgré une insolvabilité apparente ; que l'intérêt public exige sans doute une peine autre que des condamnations pécuniaires pour ceux que leur insolvabilité met à l'abri de ces condamnations, mais que cette mesure doit être légalement établie ; que la substitution d'une peine à l'autre doit être exprimée, avoir été discutée et calculée, et que dans le silence de la loi, on ne peut suppléer à ses dispositions dans une matière aussi grave. »

192. De ce principe, il résulte que la contrainte ne doit être dirigée que dans l'intérêt du recouvrement : le receveur n'est point chargé de réprimer des délits, mais d'assurer la rentrée des sommes dues au trésor ; il ne doit donc requérir l'exercice de la contrainte que lorsqu'elle peut conduire au recouvrement. En l'exerçant contre des condamnés notoirement insolvables, non-seulement il grèverait le Trésor de frais frustratoires, mais il se rendrait arbitre de la peine, il s'érigerait en juge du délit, et, en commuant arbitrairement l'amende en emprisonnement, il fausserait l'esprit de la loi. A la vérité, la loi n'a point mis de limites positives au pouvoir de ces fonctionnaires ; mais ces limites se trouvent dans l'objet de leur mission, mission toute fiscale.

Une autre conséquence du même principe est que le détenu, en cas d'insolvabilité constatée, peut obtenir sa liberté, sur la demande du receveur de l'enregistrement, avant l'expiration du délai fixé par le jugement. En effet, dès que la contrainte a pour principal objet le recouvrement de l'amende, dès que le droit exclusif de la provoquer est confié au receveur, il est incontestablement le seul juge de sa convenance et de son utilité. Les magistrats du ministère public ne sont appelés qu'à en surveiller l'emploi dans les limites des jugements et de la loi. Dès lors, le receveur qui peut exercer ou ne

pas exercer cette mesure, suivant qu'il le juge utile ou frustratoire pour le fisc peut, à plus forte raison, y renoncer, et abréger par conséquent la détention des débiteurs incarcérés.

193. Les formes de la contrainte exercée pour l'exécution des condamnations pénales ont été prises au Code forestier: le titre 14 de ce Code a établi une procédure simple, peu coûteuse, et par conséquent moins onéreuse pour le débiteur sur lequel les frais finissent toujours par retomber : la loi en a généralisé l'usage. Un commandement est fait aux condamnés, et, cinq jours seulement après cet acte, le procureur de la République, sur la demande du receveur, adresse les réquisitions nécessaires pour l'arrestation aux agents de la force publique (art. 33, loi du 17 avril 1832 et 4 de la loi du 22 juillet 1867). Nous ne ferons sur cette procédure que deux observations : la première, c'est que le droit du receveur de l'enregistrement de requérir la contrainte n'est point un droit exclusif; si ce fonctionnaire a seul été désigné par la loi, c'est que le recouvrement des amendes et des frais s'opère le plus souvent par son ministère; mais il ne nous semble pas douteux que les agents des contributions indirectes et des douanes, par exemple, ne jouissent du même pouvoir, à l'égard des condamnations qui intéressent ces administrations. Une deuxième observation vient à l'appui de cette opinion : c'est que les particuliers eux-mêmes jouissent de ce mode d'exécution. L'art. 48 de la loi du 22 juillet 1867 porte en effet que : « les arrêts et jugements contenant des condamnations en faveur des particuliers pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice, seront, *à leur diligence*, signifiés et *exécutés* suivant *les mêmes formes* et *voies de contrainte* que les jugements portant des condamnations au profit de l'État. » Il est impossible de douter, d'après ce texte, que, dans les condamnations de cette nature, les particuliers ne soient substitués aux receveurs et n'exercent les mêmes pouvoirs; car la loi prescrit que les condamnations seront, à leur diligence, non-seulement signifiées, mais *exécutées* suivant *les mêmes formes* que les jugements rendus au profit de l'État. Or ces formes sont celles que l'art. 33 a tracées ; donc le

particulier au profit duquel une telle condamnation a été prononcée peut, dans le cas où le condamné ne serait pas encore détenu, présenter requête au ministère public, après la signification d'un commandement à la partie ; et le magistrat, après avoir vérifié si les formes légales ont été exécutées, doit statuer. L'obligation de fournir des aliments, imposée à la partie civile par le deuxième paragraphe de l'article 6, est la seule différence qui distingue l'exercice de son droit.

Nous croyons devoir omettre un assez grand nombre de questions d'un intérêt secondaire que cette matière fait surgir ; il nous a suffi de poser les principes généraux à l'aide desquels elles seront facilement résolues. Ces difficultés d'ailleurs n'appartiennent que par une sorte d'accession à notre livre. Nous terminerons ce chapitre en faisant observer que la contrainte par corps, exercée pour l'exécution des condamnations pénales, ne doit jamais être subie soit dans les maisons centrales, soit dans les maisons de correction. En effet, l'intention du législateur a toujours été de ne pas confondre les prévenus avec les condamnés, et, à plus forte raison, les condamnés avec les simples détenus pour dettes. C'est donc dans les maisons spéciales pour dettes que les condamnés doivent être incarcérés, et, seulement à défaut de ces maisons dans l'arrondissement, dans la maison d'arrêt la plus voisine de leur domicile. L'avis du Conseil d'État du 14 novembre 1832 a établi cette distinction en règle générale.

CHAPITRE X.

DE LA RÉCIDIVE.

(*Commentaire des art.* 56, 57 *et* 58 *du Code pénal.*)

§ 1er. — *Principes de la récidive.*

194. Dispositions de l'ancienne législation sur la récidive.
195. Législation de 1791 et législations étrangères.
196. Si l'aggravation pénale qui frappe la récidive des crimes et des délits est légitime.
197. En admettant cette aggravation, il y a lieu de la restreindre dans quelques limites. Nécessité de l'identité des faits.
198. La loi doit-elle faire abstraction de l'intervalle qui sépare les deux actes ?
199. L'aggravation pénale doit-elle être obligatoire ou simplement facultative ?

§ II. — *Application de l'art.* 56.

200. Système du Code pénal relativement à la récidive (art. 56).
201. Modification apportée par la loi du 28 avril 1832.
202. De la substitution des travaux forcés à la déportation dans le § 6 de l'art. 56.
203. De la substitution de la peine de mort à la peine des travaux forcés à perpétuité.
204. L'aggravation ne peut être prononcée que dans le cas où le premier fait a été précédemment réprimé par une condamnation.
205. *Quid* si la première condamnation a été rendue par défaut ou par contumace ?
206. *Quid* si le condamné a prescrit sa première peine ? S'il a été admis à la réhabilitation ?
207. *Quid* s'il a obtenu des lettres de grâce ou si le fait a été couvert par une amnistie ?
208. Comment la première condamnation doit être établie.
209. Est-ce à la Cour d'assises ou au jury qu'il appartient d'apprécier l'existence de la récidive ?
210. L'art. 56 n'admet la récidive qu'à l'égard des condamnés qui ont encouru une peine afflictive ou infamante.
211. La disposition s'applique à toutes les condamnations antérieures.
212. L'aggravation de la récidive est un principe général qui s'applique à toute la législation.
213. L'art. 56 doit-il être écarté lorsque le fait qui a motivé la première condamnation a cessé d'être classé parmi les crimes ?

214. L'art. 56 doit-il être appliqué aux condamnations à une peine afflictive ou infamante prononcées par les tribunaux militaires ?
215. Limites qui séparent les tribunaux militaires et les tribunaux communs en ce qui concerne l'aggravation de la récidive.
216. L'aggravation n'est pas applicable si la première condamnation est émanée d'un tribunal étranger.
217. Conciliation de l'aggravation pénale de l'art. 56 avec l'atténuation de l'art. 463, en cas de déclaration de circonstances atténuantes.

§ III. — *Application des art. 57 et 58.*

218. Textes des art. 57 et 58 modifiés par la loi du 13 mai 1863. Trois cas de récidive mixte.
219. Cas où le premier fait, objet de la deuxième condamnation, est puni d'une peine afflictive ou infamante.
220. Cas où le crime a précédé le délit (art. 57).
221. Cas où le premier fait, ayant été puni de plus d'un an d'emprisonnement, le deuxième est passible d'une peine correctionnelle.
222. Origine et motifs de l'addition faite dans les art. 57 et 58.
223. Cas où le deuxième fait, qualifié crime par la poursuite, reçoit la qualification de délit par l'admission d'une excuse légale ou le rejet des circonstances aggravantes.
224. Cas où le deuxième fait ne descend au niveau des délits que par l'effet de la déclaration des circonstances atténuantes.
225. Ce qu'il y a lieu de statuer si le nouveau fait est passible de la réclusion, de la détention, du bannissement ou de la dégradation civique.
226. Ce qu'il y a lieu de statuer si le nouveau fait est passible des travaux forcés à temps.
227. Appréciation critique de la nouvelle rédaction des art. 57 et 58.
228. Jurisprudence de la Cour de cassation conforme aux solutions proposées.
229. Quand un délit suppose l'état de récidive, il n'y a pas lieu à l'aggravation ; infraction de ban ; évasion.
230. Lorsqu'une disposition spéciale de la loi a prévu le cas de récidive, il y a lieu de s'y référer à l'exclusion de la loi générale.
231. Dispositions particulières de la loi du 3 mai 1844, sur la chasse ; de la loi du 5 juillet 1844, sur les contrefaçons industrielles, de la loi du 27 mars 1851, sur les fraudes commerciales.
232. Que faut-il comprendre par la condamnation au maximum de la peine portée par la loi ?
233. Quel est ce maximum quand la loi prononce à la fois une peine principale et des peines accessoires facultatives ?
234-237. *Quid* si la loi a prononcé cumulativement plusieurs peines ? ou si la loi laisse la faculté de n'appliquer qu'une des peines qu'elle prononce ?

---

194. La récidive a été considérée en général comme une circonstance qui doit aggraver la mesure du châtiment dont le fait est passible en lui-même. On a vu dans la réitération du crime le symptôme d'une perversité plus active, l'indice d'un péril social plus imminent. L'inefficacité de la première peine a paru commander une peine nouvelle plus efficace; et cette aggravation, qui ne peut se fonder sur la criminalité intrinsèque de l'action, que cette circonstance ne saurait altérer, se puise dans la criminalité extrinsèque de l'agent[1]. Avant d'examiner ce principe d'aggravation des peines, il est nécessaire de rechercher l'application qu'il a reçue dans les diverses législations.

On trouve dans le Digeste et dans le Code de Justinien plusieurs textes qui infligent une punition plus sévère à ceux qui sont retombés plus d'une fois dans le même crime[2]. De là cette maxime formulée par les docteurs : *Consuetudo delinquendi est circumstantia aggravandi delictum et delinquentem acrius puniendi*[3]. Deux actes suffisaient pour établir l'habitude[4] : *quod enim bis fit, frequenter fieri dicitur*[5]; et la peine, dans ce cas, pouvait changer de nature : ainsi le fait qui, en lui-même, n'était passible que d'une peine pécuniaire, pouvait être puni, s'il se renouvelait, d'une peine corporelle et même capitale, parce que, dit la loi, *consuetudo delinquendi facit delictum, alias non capitale, capitale reputari*[6]. Mais la deuxième récidive était punie avec plus de sévérité que la première : *gravius multo puniendus est qui ter delinquit*

1. Cass., 11 juin 1812, Sir., t. 4, p. 119; 13 mai 1850, Bull. n. 123.

2. L. 28, § 3, Dig. de pœnis ; L. 1, Dig. de jure patronatus ; L. 3, ff. § 9, de re militari ; L. 3, Cod. de episcop. audientia ; L. 8. § 1, Cod. ad leg. Jul. de vi.

3. De Godefroy et Paul de Castro, in l. 3, Cod. de episcop. aud. ; Farinacius, quæst. 18, n. 80.

4. *Binus actus*, Godefroy et Paul de Castro, loc., cit. ; *bis aut sæpius* l. 8, § 1, Cod. ad leg. Jul. de vi.

5. Farinacius, quæst. 18, n. 16.

6. L. 1, Cod. de superexact. L. omnes, Cod. de collat. L. 28, Dig. de pœnis.

quam qui bis[1]. Ainsi le troisième vol, quelle que fût la minimité de ces délits, pouvait entraîner la peine de mort[2].

Ces règles, qui s'appuient sur une appréciation morale que les législations les plus anciennes avaient déjà faite[3], paraissent avoir été appliquées dans notre ancien droit, sans que la loi ait eu besoin de les consacrer. En effet, sous l'empire de l'ordonnance de 1670, l'application des peines étant entièrement abandonnée au pouvoir discrétionnaire des juges, la récidive se présentait à leurs yeux comme une circonstance aggravante du crime, et leur donnait la faculté d'aggraver la peine, mais sans leur en imposer l'obligation. Les axiomes de la loi romaine étaient alors la loi des arrêts[4]. Cependant quelques textes s'étaient empreints de ces principes, et il n'est pas exact de dire, comme l'a fait M. Carnot, en citant la coutume de Bourgogne, qui portait la peine de mort contre le vol avec récidive, que, « antérieurement au Code Pénal de 1791, on ne connaissait que ce seul cas où la récidive fût punie d'une peine supérieure[5]. » La déclaration du 4 mars 1724[6] infligeait la peine des galères à « ceux qui, après avoir été condamnés pour vol (crime passible du fouet), étaient convaincus de récidive en crime de vol, et la peine de mort à ceux qui, après avoir été condamnés aux galères, se rendaient coupables de récidive en crime méritant peine afflictive. »

195. L'Assemblée constituante établit un nouveau système. La récidive ne modifiait point la peine infligée par la loi au deuxième fait ; mais, après l'avoir subie, le condamné en récidive était *transféré pour le reste de sa vie au lieu fixé pour la déportation des malfaiteurs*[7] ; il n'y avait d'exception à cette règle, en matière criminelle, que dans le seul cas où

1. Farinacius, quæst. 18, n. 19.
2. Potest pro tribus furtis, quamvis minimis, pœna mortis imponi. Farinacius, quæst. 23, n. 4.
3. Hérodote, l. 13 ; VII, 194 ; Bristote, Rhét., 1, 14.
4. Jousse, t. 1, p. 601 et 602.
5. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 163.
6. Coll. des lois anciennes, t. 21, p. 260.
7. Cod. pén. du 25 sept.-6 oct. 1791, tit. 2, art. 1er.

les peines infligées aux deux crimes étaient la dégradation civique ou le carcan : deux années de détention remplaçaient ces peines. A l'égard des contraventions et des délits, la récidive, outre l'aggravation de la peine, avait pour effet de renvoyer le prévenu devant la juridiction supérieure ; ainsi les contraventions commises en récidive étaient jugées par le tribunal correctionnel, les délits par les tribunaux criminels[1].

La déportation ne fut point organisée ; elle se résolvait de fait en détention. Que résulte-t-il d'un tel ordre de choses ? disait M. Berlier au Corps législatif; que le laps de quelques années ou des évasions trop communes replacent au milieu des citoyens les incorrigibles artisans du crime, sans qu'ils puissent être utilement signalés[2]. » De là la loi du 23 floréal an X, qui remplaça la déportation par la flétrissure, à l'égard de tous les condamnés en récidive. « Il importe, disait un autre orateur, qu'à tout instant leur identité puisse être constatée. C'est dans cet objet que le projet substitue la flétrissure de la marque à la déportation[3]. » Ce système simple, mais réellement draconien, puisque, de même que l'Assemblée constituante, il ne faisait aucune distinction entre les coupables, subsista jusqu'à la promulgation du Code pénal.

Les diverses législations étrangères se bornent, en général, à considérer la récidive comme une circonstance aggravante du second crime. C'est ainsi que le Code du Brésil, qui pour chaque crime établit trois degrés de punition, réserve le plus grave « lorsque le délinquant est en récidive d'un délit de même nature (art. 16). » Le Code pénal d'Autriche ordonne également l'aggravation de la peine, soit par la durée, soit par le travail public, soit par l'exposition, les coups de verge ou le jeûne, « si le coupable a déjà été puni une fois pour semblable délit (art. 17, 37 et 45). » Le même principe se retrouve dans les lois hongroises[4] et dans les législations de

1. L. 19-22 juill. 1791, tit. 1er, art. 23 ; L. 28 sept.-6 oct. 1791, tit. 2 ; L. 25 frim. an VIII, art. 15.

2. Motifs de la loi du 23 floréal an X.

3. Motifs de la loi du 23 floréal an X.

4. Leges consuetudinem delinquendi et delicta reiterata gravius puniunt. Instit. jur. crim. hungarici ; Mathias Vuchetich, p. 167.

la Suède, de la Norwége et du Danemarck [1]. Enfin le projet du Code pénal de la Louisiane augmente la peine infligée au délit *d'une moitié en sus* lorsque ce délit est commis en récidive ; et, dans le cas d'une troisième condamnation, il considère le coupable comme inhabile à l'état social, et le condamne à l'emprisonnement aux travaux de force pour le reste de sa vie [2].

196. Ainsi la consécration du principe de l'aggravation de la peine au cas de récidive est à peu près universelle [3]. Faut-il en inférer la légitimité de ce principe ? M. Carnot ne l'a pas pensé : « Peut-on dire qu'il soit dans les principes d'une exacte justice, s'écrie ce magistrat, d'appliquer aux condamnés en récidive une peine plns sévère que celle qu'ils ont encourue par le genre de crime dont ils se sont rendus coupables ? S'ils ont commis un premier crime, ils en ont été punis ; leur infliger une nouvelle peine à raison de ce crime, n'est-ce pas ouvertement violer à leur égard le *non bis in idem* qui fait l'une des bases de toute législation ? D'une autre part, la peine du crime ne peut être aggravée qu'à raison des circonstances qui s'y rattachent, qui lui sont concomitantes, et qui en font un tout indivisible [4]. »

Ces raisonnements ne nous touchent point. Il est incontestable qu'en subissant la peine du premier crime, le délinquant a complétement payé sa dette, expié son crime ; on ne peut plus lui en demander compte : mais aussi n'est-ce pas de ce crime qu'on lui demande compte ; c'est du deuxième crime seulement. Ce nouveau fait se produit avec une

1. Sommaire des législations des Etats du Nord, par Angelot.

2. Code of crimes and punishments, 52-53.

3. On trouve encore le même principe dans l'art. 111 du Code de Bavière, dans les art. 10 et 136 du Code pénal espagnol du 30 juin 1850, et dans les art. 118 et suiv. du Code de Sardaigne, du 1er mai 1860. — ** Au contraire, le Code pénal allemand, rompant avec les précédents du Code pénal prussien de 1851, n'a pas considéré la récidive comme une cause *générale* d'aggravation, et n'en a tenu compte que pour certains délits, tels que le vol, l'escroquerie, le recel (art. 244, 250, 255, 261, 264).

4. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 162 ; et, dans le même sens, M. Tissot, le Droit pénal étudié dans ses principes, t. 1er, p. 96.

circonstance qui aggrave la culpabilité du prévenu. Pourquoi le législateur n'aurait-il pas le droit de prendre cette circonstance en considération pour mesurer le peine ? Elle n'appartient pas plus au premier fait qu'au second : elle appartient au prévenu ; elle caractérise sa moralité. Or, lorsque cette moralité échappe si souvent aux appréciations de la loi pénale, pourquoi négliger un fait qui l'indique et la révèle ? « Le législateur a le droit, a dit M. Rossi, de faire entrer la récidive en ligne de compte. Car, d'un côté, elle accuse le délinquant d'une grande perversité morale ; de l'autre, elle révèle à la société un agent très dangereux. Il y a dans l'auteur de la récidive une culpabilité spéciale, morale et politique à la fois [1]. »

Mais on insiste : cette circonstance est étrangère au fait incriminé ; elle ne peut donc entrer dans le calcul de la peine. Sans nul doute, le fait demeure le même ; le vol, l'homicide ne changent pas de nature parce qu'ils sont commis en récidive. Mais un crime a deux éléments, la matérialité du fait et la criminalité de l'agent. Or cette criminalité a de multiples degrés. C'est pour mettre la peine en rapport avec ses nuances infinies que la loi a établi des châtiments variables, et a pris pour base de leur mesure l'existence de circonstances atténuantes. Or, ces circonstances sont le plus souvent les antécédents du prévenu, sa bonne conduite antérieure, son caractère honorable, sa position sociale, c'est-à-dire des faits étrangers au délit et pris en dehors ; pourquoi donc la perversité de son caractère et ses habitudes criminelles, légalement constatées, ne seraient-elles pas mises dans la même balance ? Le vagabondage et la mendicité sont également étrangers au fait commis par le mendiant et le vagabond, et toutefois, dans certains cas, ces circonstances deviennent un motif d'aggravation de la peine.

Nous reconnaissons au pouvoir social le droit de demander compte au délinquant de toutes les circonstances qui peuvent aggraver sa culpabilité. Or, la récidive révèle un agent plus dangereux ; elle démontre l'impuissance d'une première cor-

1. Traité de droit pénal, t. 3. p. 114.

rection, elle fait présumer l'habitude du crime ; elle justifie donc une aggravation de la seconde peine. Ce n'est pas une intention, une moralité, que la loi saisit en dehors et indépendamment du fait, c'est le fait aggravé par une volonté plus criminelle et plus manifeste qui alarme à un plus haut degré la sécurité publique.

197. Toutefois cette aggravation cesserait d'être légitime, si son application n'était pas restreinte dans les limites de la justice morale. Toute la théorie de la récidive consiste à les poser.

Si la récidive est frappée d'une peine plus sévère que la première faute, c'est qu'elle est considérée comme une présomption légale d'une habitude criminelle dans l'agent. Ainsi le délinquant qui, déjà condamné pour vol, commet un autre vol, est justement réputé plus coupable que la première fois. L'habitude se démontre par l'analogie des deux faits. *Iteratione augetur delictum*, dit Godefroi. Mais cette habitude du délit est-elle aussi manifeste, si le délinquant, condamné la première fois pour rébellion, est repris pour vol ; si, déjà frappé à raison d'un faux, il commet un attentat à la pudeur ; enfin, s'il se rend coupable de cris séditieux ou de diffamation, après avoir été puni pour escroquerie ou banqueroute ? Pour que la récidive soit une présomption de perversité, il faut qu'il y ait identité entre les délits qui la constituent. Car, comment présumer l'incorrigibilité du voleur, par cela seul qu'il s'est livré à des actes de rébellion ou de violence, ou du condamné politique, parce qu'il se rend coupable de faux ou de vol ? comment faire concourir deux crimes d'une nature distincte pour en former une habitude ?

La loi romaine admettait cette restriction ; la récidive aggrait la peine du délinquant, mais seulement *si in iisdem sceleribus perseveret* [1]. Et Farinacius, qui résume les opinions des anciens jurisconsultes, dit également : *Consuetudinis delinquendi præsumptio tantum in eodem vel simili genere mali, secùs si in diverso* [2]. Le Code du Brésil ne punit la récidive

1. L. un. Cod. de superexact.
2. Quæst. 23, n. 30.

que d'*un délit de même nature*. Le Code d'Autriche, que dans le cas *où le coupable a été puni pour un semblable délit*. Enfin, dans le système du Code de la Louisiane, la récidive n'existe qu'entre des délits *de la même nature* (*of the same nature*)[1].

Assurément nous ne prétendons pas que les deux faits doivent révéler une complète identité pour que la récidive puisse exister. Il serait illusoire d'admettre, avec le législateur de la Louisiane, que le faussaire qui commet un vol, que le meurtrier qui se rend coupable d'un attentat à la pudeur, ne se trouvent pas en état de recidive; car la même perversité a guidé le voleur et le faussaire, la même passion, le meurtre et l'attentat. Les délits sont de la même nature quand ils dérivent du même principe, quand ils prennent leur source dans le même genre de corruption. Ainsi la nature même des choses a divisé les infractions en délits contre les personnes, délits contre les propriétés, délits politiques, militaires, spéciaux, etc. Dans chacune de ces classes, la réitération d'un délit doit former la récidive; mais, si les deux infractions n'appartiennent pas à la même classe, la récidive n'existe plus, parce qu'il n'y a plus habitude dans un même genre de crime. C'est à ces termes que se résume notre pensée. Cette distinction simple et facile, en renfermant la présomption de la loi dans ses vraies limites, satisferait à la justice morale sans affaiblir un utile principe de répression.

198. Une seconde restriction peut se fonder sur l'intervalle qui, dans certains cas, sépare les deux crimes ; la loi doit-elle faire abstraction de cet intervalle ? Le second crime mérite-t-il l'aggravation de la peine, à quelque distance qu'il soit placé du premier? Ainsi, relevé de sa première faute par 40 ans d'une vie paisible, le délinquant retombe dans le crime; faut-il réunir deux actions séparées par une si longue carrière, pour en tirer la preuve de cette obstination criminelle que la

1. * * Le Code pénal danois n'applique l'aggravation que lorsque le second délit est *identique* au premier. — Le Code mexicain, plus rationnel, déclare la récidive punissable *pour délit du même genre, provenant de la même passion ou inclination vicieuse*.

loi redoute et qu'elle frappe d'une peine plus sévère ? Les anciens jurisconsultes ne faisaient pas remonter la récidive au delà de trois ans ; car si le délinquant, dit Farinacius, *per dictum tempus benè et laudabiliter vixerit, cessat præsumptio quod semel malus, iterum præsumitur malus*[1]. Cette règle avait passé dans l'art. 15 de la loi du 25 frimaire an VIII, ainsi conçu : « Il y aura récidive quand un délit aura été commis par le condamné dans *les trois années* à compter du jour de l'expiration de la peine qu'il aura subie. » A l'égard des simples contraventions, les art. 608 du Code du 3 brumaire an IV et 483 du Code pénal ont eux-mêmes limité l'application de la récidive au cas où les deux contraventions ont été commises dans le cours de la même année.

M. Scipion Bexon, dans son projet de Code pénal, établit la même distinction. « Il ne doit y avoir lieu, dit ce publiciste, à l'application des peines de la récidive, dans le cas de contravention, qu'autant que les actions contraires aux dispositions de la loi auraient lieu *dans le terme d'une année*. Mais, à mesure que la première action exécutée est plus dangereuse et annonce plus de perversité et de corruption dans son auteur, la menace des peines de la récidive doit s'étendre à un temps plus long ; et, dans le cas du deuxième délit dans le cours de trois années depuis le premier, il y a lieu à l'application des peines sur la récidive. Les motifs deviennent plus puissants pour étendre davantage ce temps, quand il s'agit de la récidive pour crimes ; en général, ce temps n'est pas déterminé : j'ai proposé de restreindre ce délai de la récidive pour crimes à cinq années depuis la condamnation subie[2]. »

Et, en effet, si la perpétration des deux crimes n'a eu lieu qu'à des époques éloignées, la présomption de perversité dont la loi environne le deuxième crime s'évanouit. Comment supposer que le délinquant a été entraîné dans une seconde faute par une habitude dépravée, lorsque de longues années d'une conduite pure viennent déposer contre cette habitude ? Et cette vie intermédiaire ne doit-elle pas lui être comptée ? La

1. Quæst. 23, n. 30.
2. Introd., § 19.

société doit-elle se ressouvenir encore d'un premier crime que 20 ou 30 ans d'une existence paisible ont lavé ? Sa bonne conduite l'a régénéré : ce n'est plus un condamné relaps ; la loi ne doit lui reprocher qu'une seule faute.

Toutefois une période de trois et même de cinq ans ne nous semblerait point suffisante pour établir la preuve de la complète conversion du coupable. Peut-être en portant ce terme à dix ans, qui ne compteraient que du jour de l'expiration de la première peine, arriverait-on à concilier l'application du principe de la récidive avec la raison qui le justifie [1].

199. Une troisième restriction, qui renfermerait implicitement les deux premières, consisterait à faire céder à la preuve contraire la présomption légale que deux crimes font peser sur l'accusé ; à rendre l'aggravation de la peine, non pas obligatoire, mais facultative dans les mains du juge. Ce système, s'il pouvait être strictement appliqué, aurait l'avantage d'établir un rapport aussi exact que possible entre la peine et la moralité du condamné. Il met sans doute la volonté du juge à la place de celle de la loi, l'arbitraire des décisions humaines au lieu de la stabilité des règles légales. Mais c'est dans cette voie qu'est entrée, bien que d'une manière restreinte, la loi du 28 avril 1832. Nous y reviendrons plus loin.

La mesure de l'aggravation dont la récidive est passible doit être circonscrite elle-même dans des bornes assez étroites. La récidive doit entraîner un degré plus élevé de la même peine ; mais elle ne peut motiver une peine différente et d'un degré supérieur. La raison en est simple : le fait à punir ne change pas de nature. La criminalité de l'agent est plus évidente, mais elle n'altère pas le caractère de l'action à laquelle elle se rattache. La peine que le législateur a choisie dans l'échelle des peines pour l'appliquer à cette infraction, doit donc

1. * * Les législations les plus modernes ont fixé une limite de temps à l'influence légale de la première condamnation. Cette limite est de 10 ans dans les Codes du Danemarck, du Mexique, de Genève : à l'égard des délits, le Code de Genève réduit la durée à 5 ans. Le Code belge limite aussi à 5 ans l'influence de la récidive, mais seulement quand le premier fait n'a été puni que d'une peine correctionnelle.

rester la même ; seulement elle peut être élevée jusqu'au *maximum*. Telle est aussi l'opinion de M. Rossi. « Comme la récidive, observe ce criminaliste, n'est qu'une aggravation de culpabilité dans la même espèce de crime, nous reconnaissons qu'on ne devrait jamais changer le genre de la peine, mais seulement en augmenter le taux [1]. » Ce principe, méconnu par la loi romaine, a été suivi par les législateurs du Brésil et de la Louisiane.

Telles sont les limites dans lesquelles l'aggravation pénale de la récidive devrait, nous le pensons, être restreinte, pour devenir en rapport avec son principe et son but. Notre intention n'est point d'insister davantage sur ces observations théoriques. Nous y reviendrons d'ailleurs dans le cours de ce chapitre.

200. Passons à l'examen du Code pénal.

M. Treilhard expliquait ainsi la pensée du Code de 1810 : « L'Assemblée constituante n'a établi contre le second crime que la peine prononcée par la loi, sans distinction de la récidive ; mais elle a voulu qu'après la peine subie, les condamnés pour récidive fussent déportés, disposition qui ne nous paraît pas conforme aux règles d'une justice exacte, puisqu'elle ne fait aucune différence entre celui dont le deuxième crime emporte la réclusion, et celui dont le deuxième crime emporte vingt-quatre années de fers. Il nous a paru convenable de chercher une autre règle plus compatible avec les proportions qui doivent exister entre les peines et les crimes ; elle se présente naturellement : c'est d'appliquer au crime, en cas de récidive, la peine immédiatement supérieure à celle qui devrait être infligée au coupable s'il était condamné pour la première fois [2]. »

Ce système de gradation, dont nous avons vu le germe dans la loi romaine, ne fut pas admis sans contestation. La com-

1. * * Cette raison ne paraîtra peut-être pas décisive si l'on admet que l'aggravation à raison de la récidive est fondée sur cette idée que le coupable a donné la preuve que la pénalité ordinaire est insuffisante à son égard.

2. Locré, t. 29, p. 209.

mission du Corps législatif proposa d'y substituer une sorte de moyen terme entre la peine déjà encourue et la peine immédiatement supérieure. Cette peine intermédiaire eût consist en une simple aggravation de la peine encourue, lorsqu'elle n'était que temporaire[1]. Cette proposition, qui se rapprocha des principes que nous venons d'exposer, ne fut point adoptéé ; le Conseil d'État maintint une échelle d'aggravation qui s'élevait symétriquement, mais par degrés inégaux, de la dégradation civique jusqu'à la peine de mort, et il n'hésita poin à inscrire au dernier échelon cette peine terrible pour remplacer celle des travaux forcés à perpétuité, quelque immense que soit l'abîme qui sépare ces deux châtiments.

Auprès de ce système d'aggravation, un autre système se manifestait cependant dans les art. 57 et 58. Ainsi, tandis que l'art. 56 infligeait à la récidive en matière criminelle une peine d'un ordre supérieur à celle que méritait le crime en lui-même, les art. 57 et 58 ne punissaient la récidive en matière correctionnelle que par l'aggravation de la peine encourue, sans en altérer la nature. Deux systèmes marchaient donc de front dans le même Code : celui de l'aggravation de la peine encourue, et celui de la substitution à cette peine d'une peine supérieure.

201. La loi du 28 avril 1832, en atténuant quelques-uns des plus déplorables effets de ce dernier système, a maintenu et continué une confusion qu'il eût été facile de faire disparaître. La commission de la Chambre des députés ne s'est point dissimulé les vices du nouvel article 56[2]. Le rapporteur s'ex-

1. Locré, t. 29, obs. 7, n. 10, p. 182.

2. « Art. 56. Quiconque, ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante, aura commis un second crime emportant, comme peine principale, la dégradation civique, sera condamné à la peine du bannissement. — Si le second crime emporte la peine du bannissement, il sera condamné à la peine de la détention. — Si le second crime emporte la peine de la réclusion, il sera condamné à la peine des travaux forcés à temps. — Si le second crime emporte la peine de la détention, il sera condamné au maximum de la même peine, laquelle (*a*) pourra être élevée jusqu'au

(*a*) Il faudrait *lequel*. L'erreur est évidente.

primait en ces termes : « Votre commission a peu d'observations à vous présenter sur la disposition du projet qui concerne les récidives. Le principe de l'aggravation obligée de la peine, en cette matière, eût rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne remédiait aux injustices que ce principe peut quelquefois entraîner. Elle a trouvé cependant que, même dans le système du projet, le passage de la détention et des travaux forcés à temps, à la détention et aux travaux forcés à perpétuité, dépassait de beaucoup l'aggravation légitime en matière de récidive, et elle vous propose de borner cette aggravation au *maximum* de la première peine, en laissant toutefois au juge le droit de l'élever jusqu'au double. »

L'ancien système a donc survécu à la révision dans les trois premiers paragraphes de l'art. 56 qui remplacent, dans les cas de récidive, la dégradation civique par le bannissement, le bannissement par la détention, la réclusion par les travaux forcés. Mais la loi nouvelle déroge à ce système dans les deux paragraphes suivants, qui se bornent à aggraver la peine applicable au second fait, sans la transformer en une autre peine : ainsi, la détention peut être élevée jusqu'au *maximum*, et ce *maximum* porté au double ; il en est de même des travaux forcés à temps. Ce n'est là toutefois qu'une exception ; car la loi revient au principe du Code de 1810 dans le sixième paragraphe, qui transforme, au cas de récidive, la peine de la

double. — Si le second crime emporte la peine des travaux forcés à temps, il sera condamné au maximum de la peine, laquelle (a) pourra être élevée jusqu'au double. — Si le second crime emporte la peine de la déportation, il sera condamné aux travaux forcés à perpétuité. — Quiconque, ayant été condamné aux travaux forcés à perpétuité, aura commis un second crime emportant la même peine, sera condamné à la peine de mort. — Toutefois, l'individu condamné par un tribunal militaire ou maritime ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. »

(a) Même observation.

déportation en celle des travaux forcés à perpétuité, et dans le septième, qui substitue à cette dernière peine celle de mort.

Ces dispositions révèlent cependant quelques améliorations importantes dans l'échelle pénale. Nous avons fait remarquer les modifications des paragraphes 4 et 5. Il en est d'autres encore. Ainsi, dans l'ancien article, le bannissement était remplacé par la réclusion ; or, il n'existait aucune analogie entre ces peines ; la loi a substitué, avec raison, la détention à la réclusion. Mais, à côté de ces heureuses innovations, comment ne pas éprouver quelque étonnement en voyant la déportation, peine essentiellement politique, remplacée, au cas de récidive, par les travaux forcés à perpétuité, et cette dernière peine remplacée elle-même par la peine de mort ?

202. La substitution des travaux forcés à la déportation est un coupable oubli du législateur. La loi du 8 juin 1850 a établi deux degrés dans la déportation : la déportation simple, qui avait été prononcée par le Code, et la déportation dans une enceinte fortifiée, peine nouvelle destinée à remplacer la peine de mort à l'égard des crimes politiques. Or cette disposition aurait dû avoir pour effet de modifier le 6e § de l'art. 56 ; mais cette conséquence logique de ce nouveau texte n'a été ni prévue ni exprimée. Est-il permis, lorsque la législation a gardé le silence sur ce point, de substituer à la peine des travaux forcés à perpétuité celle de la déportation dans une enceinte fortifiée ? On l'a soutenu, en distinguant dans notre Code deux échelles de pénalité, l'une pour les crimes communs, l'autre pour les crimes politiques ; or n'est-il pas rationnel que les peines appliquées à ces derniers crimes soient toutes prises dans l'échelle qui leur est destinée ? Que résulte-t-il de l'ensemble de l'art. 56 ? C'est que les peines, en cas de récidive, doivent être élevées d'un degré ? Or quel est le degré supérieur à la déportation simple ? N'est-ce pas la déportation dans une enceinte fortifiée [1] ? Il est certain que ce système serait plus rationnel, il est certain qu'il répugne au principe même de la loi nouvelle de substituer les travaux forcés à la déportation ; mais est-il possible d'effacer par voie

1. M. Molinier, Revue critique, 1851, p. 49.

d'interprétation un texte clair, positif et contre lequel on ne peut invoquer aucune abrogation même implicite ? L'esprit de la loi du 8 juin 1850 n'est pas le même que l'esprit de l'art. 56; mais cela suffit-il pour mutiler celui-ci ? Si le législateur de 1850 ne l'a pas réformé, n'est-ce pas qu'il ne l'a pas voulu, qu'il a prétendu continuer de punir la récidive de la peine des travaux forcés. qu'il a restreint sa réforme aux points qu'il a touchés ? Il appartient à l'interprétation de débattre des textes obscurs ou incomplets ; mais, en présence d'une disposition si explicite, ne doit-elle pas s'arrêter, et attendre que le législateur, auquel elle a raison de signaler son inconséquence, l'ait lui-même corrigée ?

293. La substitution de la peine de mort à celle des travaux forcés à perpétuité est une anomalie plus grave encore. Dans le Code pénal de 1810, il suffisait, il est vrai, pour être passible de la peine capitale, d'avoir commis, en état de récidive, un crime puni des travaux forcés perpétuels. Le nouveau Code ne prononce la peine de mort que dans le cas où le coupable a commis deux crimes emportant l'un et l'autre la peine des travaux forcés à perpétuité. De plus, l'application du système des circonstances atténuantes vient encore circonscrire le cercle où cette peine peut être encourue, à raison de la seule circonstance de la récidive. Mais il suffit que cette exécution soit possible dans un seul cas ; il suffit que le principe soit inscrit dans la loi, pour que nous nous fassions un devoir de le combattre.

Dès 1808, la commission du Corps législatif repoussait la peine de mort, comme peine substituée à celle des travaux forcés perpétuels dans les cas de récidive. « Toute récidive, disait cette commission, doit sans doute aggraver la seconde peine ; mais, autant qu'il est possible, on doit faire des efforts pour établir une gradation proportionelle et équitable[1] : » Depuis la promulgation du Code, l'opinion générale n'a pas tardé à s'élever contre cette énorme aggravation de la peine ; et un garde des sceaux, M. Bourdeau, ne faisait qu'obéir à cette impulsion, lorsqu'il présentait, le 9 juin 1829, à la

1. Locré, t, 29, p. 182.

Chambre des pairs, un projet de loi qui restreignait le dernier paragrapge de l'art, 56 du Code pénal aux seuls cas de meurtre commis par un individu condamné à perpétuité[1] : « La progression que le Code pénal admet pour établir la peine, portent les motifs de ce projet, s'étend jusqu'à la peine de mort, et cette dernière conséquence d'un principe bon en lui-même nous a semblé trop rigoureuse. Tout le monde convient que la peine de mort doit être réservée pour les crimes les plus graves et les plus dangereux. L'art. 56 nous semble s'écarter de ce principe, lorsqu'il applique cette peine par suite de la récidive à des faits que la loi n'a pas jugés dignes de mort en eux-mêmes. » L'art. 13 du premier projet de la loi du 28 avril 1832 portait aussi : « En aucun cas, l'aggravation de peine, résultant de la circonstance de la récidive, ne pourra donner lieu à l'application de la peine de mort. » Cet article disparut du projet définitif. M. Chalret-Durieu le reproduisit comme amendement dans la discussion : « La peine de mort, disait ce député, prononcée contre un individu qui, déjà condamné aux travaux forcés à perpétuité, commet un autre crime passible aussi de la peine des travaux forcés à perpétuité, serait, par une conséquence nécessaire, applicable aux simples atteintes contre la propriété privée. Je suppose, en effet, un individu qui commet un vol sur un chemin public après le coucher du soleil ; il est sans armes, il n'emploie ni violences ni menaces pour commettre le vol ; il est,d'après le Code pénal, condamné aux travaux forcés à perpétuité. Je suppose que ce voleur s'évade et qu'il récidive, il est puni de la peine de mort. Cette peine est énorme, exorbitante. Quelle est l'objection qui se trouve dans les motifs de la commission? Elle dit qu'il y a un système d'aggravation de peines dans le Code pénal, qui ne peut pas être rompu, qu'il faut suivre jusqu'à extinction, jusqu'à la mort. C'est ce principe que je combats ; je ne crois pas qu'il y ait nécessité de le maintenir ; j'aimerais mieux l'inconvénient de déranger la symétrie de cette gradation, l'inconvénient de ne punir que des travaux forcés à perpétuité dans le cas dont il s'agit, que de trancher

1. Monit. du 11 juin 1829, 1re part.

la tête pour un simple vol, quoique en récidive. » M. Dumon n'opposa qu'un seul argument : « Il est facile, dit-il, de démontrer que si cet amendement était admis, il n'y aurait plus de répression possible contre les individus condamnés aux travaux forcés à perpétuité, et qui seraient évadés. Je suppose en effet, un de ces hommes condamnés aux travaux forcés à perpétuité, et qui viendra par son évasion désoler la société ; il pourra commettre tous les crimes impunément ; il pourra incendier les forêts, il pourra porter atteinte à la vie d'un homme, pourvu que ce soit sans préméditation, et vous ne pouvez lui infliger d'autres peines que de le renvoyer au bagne d'où il s'est évadé. » Cette considération fit rejeter l'amendement.

Des doutes pénibles s'élèvent sur cette décision. La distance est immense entre la peine de mort et la plus terrible des autres peines ; il n'y a entre elles aucune proportion, et c'est entièrement méconnaître la nature de la première que de la considérer comme un degré ordinaire dans l'échelle des peines. Elle ne peut donc être employée comme une peine aggravante d'une autre peine. Elle est classée en dehors et à part, comme les crimes auxquels elle est réservée. D'ailleurs, et nous l'avons déjà remarqué, la récidive atteste une perversité plus profonde, mais elle n'altère point le caractère intrinsèque du fait : un vol commis sur un grand chemin ne cesse pas d'être un attentat contre la propriété parce que l'accusé s'en est rendu deux fois coupable. Or, si la peine de mort n'est pas la peine légitime du premier de ces vols, comment le serait-elle du second ? On oppose cette seule objection : faut-il laisser impuni le condamné à une peine perpétuelle qui s'évade et qui commet un second crime passible de la même peine ? Ne pourrait-on pas se borner à répondre : il ne fallait pas le laisser s'évader ? La première condition de tout système répressif doit être d'empêcher les évasions ; aucun système pénitentiaire n'est possible, aucune régénération ne doit être attendue tant que l'espoir d'échapper à la peine luira dans le cœur du condamné. Tous les efforts de l'administration doivent tendre à la destruction de cet abus, et les exemples en deviendront sans doute de plus en plus rares. L'objec-

tion n'a donc quelque force que dans une hypothèse réellement exceptionnelle ; et, dans ce cas même, le condamné ne sera-t-il pas puni par le seul fait de sa réintégration au bagne ? A la vérité, lors même qu'il n'eût pas commis un second crime, et sur la seule preuve de son identité, il eût également repris ses fers. Mais de ce qu'il a épuisé une pénalité, est-ce un motif pour l'exécuter à mort, si son crime ne mérite pas intrinsèquement cette peine ? La société n'est-elle pas à l'abri de ses atteintes ? N'est-il pas détenu pour toute sa vie ? ne s'est-il pas fermé la voie de la grâce ? Est-ce donc seulement pour empêcher une évasion nouvelle que la loi le frappe de mort ? Ajoutez, s'il le faut, à la rigueur de sa peine ; doublez le poids de ses chaînes ; jetez-le, comme le législateur de la Louisiane, dans une cellule solitaire, ou, comme le Code autrichien, imposez-lui des privations alimentaires ; mais réservez la peine de mort pour l'assassinat, et ne l'appliquez pas à l'addition de deux crimes qui, isolés, ne l'eussent pas encourue.

204. Nous signalerons plus loin, en développant les règles diverses que l'art. 56 a posées, les dernières innovations que la révision a introduites dans cet article. Il importe d'abord, pour suivre un ordre méthodique, de rappeler quelques principes qui dominent l'application de la peine aggravante de la récidive, soit en matière criminelle, soit en matière correctionnelle.

L'un de ces principes est que cette aggravation pénale ne peut être prononcée que dans le seul cas où le premier fait a été précédemment réprimé par une condamnation. Tous les auteurs ont répété cette règle; aucun n'a cherché à la justifier si ce n'est par des arrêts [1].

C'est dans la loi romaine qu'on en trouve la source. Callistrate dit : « *Quod* SI ITA CORRECTI *in iisdem deprehendantur, exilio puniendi sint, nonnunquam capite plectendi* [2]. » Nonobstant ce texte, quelques docteurs ont douté qu'une première condamnation fût nécessaire pour constituer la récidive ; Go-

1. Legraverend, t. 2, p. 606 ; Carnot, t. 1, p. 173; Bourguignon, t. 3, p. 47; avard de Langlade, v° *Récidive*, n. 4 ; Dall., v° *Récidive*, t. 11, p. 511.
2. L. 28, § 3, Dig. *de pœnis*.

mez décide même que l'aggravation doit être appliquée « *etiam quando de primis delictis non fuit nec punitus, nec condemnatus* [1]. » Mais Farinacius pose, au contraire, en principe que l'habitude du crime ne peut faire aggraver la peine, « *nisi de primis delictis fuerit condemnatus et punitus.* » Et il en donne une raison qui est évidente : « *aliàs sine tali punitione reiterando delictum non possit dici incorrigibilis* [2]. » C'est là, en effet, le vrai motif de cette règle ; c'est dans l'avertissement qui résulte d'une première condamnation que réside toute la légitimité de l'aggravation pénale ; c'est cette condamnation seule qui peut démontrer l'inefficacité de la peine ordinaire. Et quelle preuve aurait-on, si cette condamnation n'existait pas, que la première peine eût été impuissante à le corriger ? Qui pourrait dire que la justice, par une action plus rapide, la peine, par sa bienfaisante influence, n'auraient pas prévenu la rechute de l'accusé ? Ce n'est que lorsque la justice a épuisé les moyens de correction, l'avertissement et la discipline de ses peines, qu'elle est fondée à déclarer le condamné relaps incorrigible et à déployer contre lui une sévérité plus grande.

Cette règle est écrite en termes formels dans le Code pénal : les art. 56, 57 et 58 ne punissent la récidive qu'autant que le coupable a déjà été *condamné* pour un crime ou pour un délit. Le fait d'une première condamnation est donc une circonstance élémentaire de la récidive légale : la perpétration successive de plusieurs crimes ou délits ne suffirait pas pour la constituer. Et il en serait ainsi lors même que l'accusé aurait été l'objet d'une condamnation, si cette condamnation avait été prononcée postérieurement à la perpétration du crime qui fait l'objet de l'accusation [3].

Par *condamnation* il faut entendre celle qui résulte d'un jugement ou arrêt définitif ; car, tant qu'une voie de recours est ouverte contre une décision judiciaire, cette décision ne

1. In trat. De delict., c, 5, tit. De furt., n. 9.

2. Quæst, 18, n. 9.

3. Cass., 26 janv. 1844, Bull. n. 23 ; 11 avril 1844, Bull. n. 132 ; 13 juin 1857, Bull. n. 220. — * * Cass., 11 oct. 1877 ; Bull. n° 225.

peut avoir un effet légal. Ainsi, on ne pourrait considérer comme ayant été condamné l'accusé dont la condamnation a été annulée, et que la Cour de cassation a renvoyé devant d'autres juges pour y subir un autre jugement [1].

205. Cependant cette règle peut soulever quelques difficultés, lorsque la première condamnation a été rendue par défaut ou par contumace. Une distinction les résout d'abord en partie : si le jugement par défaut n'a point été notifié au prévenu, et qu'il n'ait point, par conséquent, été mis en demeure de le faire annuler [2] ; si l'arrêt par contumace n'a point puisé dans la prescription la force d'un arrêt définitif, et que l'accusé soit encore dans les délais pour se représenter [3] ; en un mot, si la condamnation rendue en l'absence du prévenu n'est point irrévocable, le délit ou le crime dont il se rend coupable n'est point commis en récidive.

Mais si le silence du prévenu ou de l'accusé a maintenu la condamnation provisoire, la solution n'est plus la même, car le motif de l'aggravation de la peine est la présomption de perversité du prévenu. Or, cette présomption de la loi a-t-elle la même force lorsque la première condamnation l'a frappé en son absence et sans qu'il ait pu se défendre, lorsqu'elle ne porte avec elle qu'une preuve incomplète de sa moralité, lorsqu'enfin la peine qui devait le corriger n'a point été subie ? Les arrêts par contumace et par défaut ne sont, au fond, qu'une sorte de menace contre les prévenus qui se dérobent à la justice ; si cette menace s'accomplit après de certains délais, c'est que la fuite de l'accusé semble entraîner l'aveu de sa faute. Mais cette fiction permet-elle de considérer comme complétement fixée la criminalité de cette classe de condamnés ? Et n'y a-t-il pas quelque injustice à les assimiler aux condamnés dont un débat contradictoire a fixé avec précision le degré de culpabilité, et dont la peine a essayé la réforme ? L'avertisse-

1. Conf. cass., 13 avril 1811, Bull. n. 140. — * * Cass., 13 août 1880 ; S. 82.1.144.

2. Cass., 4 mai 1826, Bull. n. 92, et Cass., 22 juin 1844, Bull. n. 231 ; Douai, 19 mai 1863, Journ. du dr. crim., n. 7719.

3. Cass., 22 vend. an V, Jurispr. gén., t. 11, p. 511.

ment n'a-t-il pas été plus solennel pour ceux-ci, la rechute plus criminelle ? Ces reflexions tendraient à prouver que le motif de la loi ne s'applique qu'avec une certaine résistance aux condamnés par contumace et par défaut, dans le cas même où la condamnation est devenue définitive. Mais il faut reconnaitre que la loi n'a point écrit cette distinction. Elle a rangé sur la même ligne *tous les condamnés,* soit que leur peine ait été subie, soit qu'ils se soient soustraits à son exécution, soit que la condamnation ait été contradictoire ou par défaut. C'est le fait de cette condamnation, et non ses résultats, qu'elle considère. En présence du texte de l'art. 56, toute distinction est impossible, et il faut tenir en principe que le condamné par défaut ou par contumace, qui commet de nouveau un délit ou un crime, est en récidive, pourvu d'ailleurs que toute voie de recours soit fermée et que la condamnation soit devenue irrévocable.

206. La même décision s'applique naturellement au cas où le condamné a prescrit sa première peine ; la prescription couvre la peine, mais ne détruit pas la condamnation. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais varié sur ce point [1] ; telle était l'opinion de Farinacius : « *Pœna augetur etiam propter antiqua delicta prœscripta* [2]. »

Quelques doutes se sont élevés sur les effets de la réhabilitation, pour l'application des peines de la récidive. M. Favard de Langlade [3] a même émis l'opinion que la condamnation cesse d'être un élément pour la récidive, après la réhabilitation du condamné. Une telle doctrine tombe devant le texte de la loi. La réhabilitation n'abolit pas le crime, elle ne l'efface pas, elle ne le pardonne pas. Son effet unique est de relever le condamné, pour l'avenir, des incapacités encourues, à cause de sa bonne conduite. Le Code pénal de 1791 avait donné à cette bienfaisante mesure le pouvoir de faire cesser

1. Cass., 20 juin 1812, Bull. n. 148 ; 10 fév. 1820, Bull. n. 36 ; 4 octobre 1821, Bull. n. 158 ; 4 juill. 1828, Bull. n. 199 ; Carnot, t. 1, p. 168 ; Legraverend, t. 2, p. 609.

2. Quæst. 23, n. 12.

3. Répert., v° *Récidive*, n. 12.

tous les effets résultant de la condamnation ; mais ces termes ont été retranchés de l'art. 633 du Code d'instruction criminelle. Dès lors il est évident que le nouveau crime commis après la réhabilitation doit constituer l'accusé en état de récidive. C'est aussi dans ce sens que la Cour de cassation a prononcé [1], et c'est dans ce sens que la loi du 3 juillet 1852 a définitivement tranché cette question [2]. Mais si la loi est explicite et claire, est-elle à l'abri de toute critique? L'effet immédiat de la réhabilitation est, pour nous servir des termes de l'ordonnance de 1670 (tit. 16, art. 5), *de remettre le condamné en ses biens et bonne renommée*. Or, cet homme qui a repris sa place dans la société, qui se trouve à la même hauteur que les autres citoyens, s'il vient à tomber de nouveau, ne tombe-t-il pas du même point? Doit-il être puni plus sévèrement ? Toutes les considérations théoriques que nous avons exposées au commencement de ce chapitre se pré sentent ici; une distance immense sépare nécessairement les deux crimes, puisque la peine a été subie, puisque la réhabilitation a été précédée de longues épreuves; la bonne conduite du condamné, attestée par cette réhabilitation même, l'a régénéré; la loi l'a replacé au rang des citoyens, elle a voilé son crime ; c'est un homme nouveau. Pourquoi ce crime effacé resterait-il indélébile pour la récidive seulement [3] ?

207. Le même principe s'applique aux lettres de grâce. La grâce n'abolit pas le crime, elle n'efface pas la tache qu'il avait imprimée sur la personne; elle ne détruit point la condamnation, seulement elle en modifie les effets. Elle ne fait donc aucun obstacle à la récidive [4]. Cette solution a été proclamée par une ordonnance du 14 octobre 1818, portant : « que les lettres de grâce accordées pour le premier crime, encore qu'elles aient fait la remise de la peine, ne dispensent pas de celle qui est encourue par la récidive ; qu'en effet, ces

1. Cass., 6 fév. 1823, S. 23.1.176.

2. V. notre Traité de l'instr. crim., t. 8, n. 4099.

3. V. sur cette question le même traité, *ibidem*.

4. Cass., 5 déc. 1811, 5 juillet 1821, Bull. n. 108 ; 4 juillet 1828, Bull. n. 199.

lettres n'ont ni éteint le premier crime, ni détruit la première condamnation, et portent uniquement sur ses effets. » L'auteur de l'article *Récidive* du répertoire de Favard de Langlade [1] émet l'opinion que l'expédition des lettres de grâce avant que la peine ait commencé à s'exécuter, empêche que la condamnation serve d'élément à la récidive. Cette doctrine est une fausse application de l'avis du Conseil d'État du 8 janvier 1823 qui décide que « les lettres de grâce accordées avant l'exécution du jugement préviennent les incapacités légales et rendent inutile la réhabilitation. » La grâce ne détruit pas la condamnation, et c'est le fait seul de cette condamnation, indépendamment de son exécution, qui entraîne l'application des peines de la récidive.

L'amnistie, telle que la Cour de cassation l'a définie et sanctionnée, a des effets plus étendus que la grâce : « Elle porte avec elle l'abolition des délits, des poursuites et des condamnations, tellement que ces délits, couverts du voile de la loi, sont au regard des cours et tribunaux. sauf les actions civiles des tiers, comme s'ils n'avaient pas été commis [2]. » Si l'on admet cette doctrine, sur laquelle nous ne pourrions nous expliquer ici sans entrer dans l'examen des lois d'instruction criminelle, il faut en déduire que la condamnation abolie par une amnistie ne peut servir de base à la récidive. Telle est aussi sur ce point la jurisprudence constante de la Cour de cassation : ses arrêts sont simplement motivés sur ce que « l'amnistie emportant généralement abolition des crimes et délits qui en sont l'objet, elle en efface jusqu'au souvenir et ne laisse rien subsister des condamnations qui auraient été prononcées [3]. »

208. L'existence de la première condamnation doit être établie par l'accusation. Si elle reste ignorée pendant les débats, le bénéfice de cette omission est acquis au condamné, et il ne pourrait en être privé par une addition au jugement. Cette

1. Répert., t. 4, p. 724.
2. Cass., 11 juin 1825, S. 1.164.
3. Cass., 7 mars 1844, Bull. n. 83; 4 janv. 1851, Bull. n. 6; 25 nov. 1853, Bull. n. 556. — * * Cass., 6 mars 1874; S. 74.1.450.

règle résulte de plusieurs arrêts antérieurs au Code [1]; et nous pensons, avec M. Carnot [2], qu'elle doit encore être suivie aujourd'hui. La récidive est une circonstance concomitante du second crime; or il y a chose jugée sur toutes les circonstances qui se rattachent à ce fait, dès que la condamnation est intervenue. Cependant, si le fait de la première condamnation n'était connu que pendant l'instance d'appel, nul doute que l'aggravation pénale pourrait encore être appliquée, puisqu'il n'y a point encore de jugement acquis [3].

Le mode le plus simple et le plus régulier de justifier de la condamnation est d'en produire un extrait. Les art. 600, 601 et 602 du Code d'instruction criminelle fournissent au ministère public les moyens de rechercher les condamnations précédemment encourues par les accusés. La production d'un relevé du casier judiciaire, signé du greffier, suffit également [4]. Mais, a défaut de production, comment doit se faire cette preuve ? Par tous les faits et documents qui peuvent l'établir. Cependant il nous paraît inexact de dire, comme l'a fait M. Dalloz, que « la preuve de la récidive peut se faire à l'audience et résulter d'un aveu du prévenu [5]. » L'aveu seul du prévenu ne saurait former une preuve judiciaire [6], à moins que cet aveu ne soit étayé des documents fournis par le dossier, par exemple de la déclaration de l'arrêt de mise en accusation [7]. Mais il ne suffirait pas d'énoncer qu'il est judiciaire-

1. Cass., 18 flor. an VII et 18 fruct. an XIII, Jurispr. gén., t. 11, p. 517.

2. Sur l'art. 56, n. 15.

3. Cass., 8 fév. 1821, Jurispr. gén., t. 11, p. 518.

4. Cass., 4 fév. 1860, Bull. n. 29; 1er déc. 1859, Dall. 59.5.319.—* * Cass., 19 sept. 1872; Bull. n° 241; — 6 mars 1874; Bull. n° 73; — 7 juill. 1876; S. 78.1.186. — Mais, ainsi qu'il résulte des arrêts précités, l'extrait du casier judiciaire ne fait preuve qu'à défaut de contestation de la part du prévenu; il en est autrement lorsque le prévenu conteste soit l'existence de la condamnation, soit son caractère définitif (Cass., 21 sept. 1882; Bull. n° 227).

5. Jurispr. gén., t. 11, p. 517.

6. Cass., 18 août 1853. Bull. n. 413.

7. Cass., 1er avril 1853, Bull. n. 115.

ment établi que l'accusé a été précédemment condamné, sans préciser ni la date de la condamnation, ni la juridiction dont elle émane [1]; il ne suffirait même pas d'alléguer un certificat du directeur de la maison de détention où la peine a été subie [2], ou les énonciations contenues au registre des chiourmes [3]; car ces énonciations, qui ne peuvent suppléer la représentation de l'extrait en forme de l'arrêt de condamnation, ne sont que des preuves morales, que le juge doit apprécier, sans être enchaîné par elles.

209. On a demandé à qui appartient cette appréciation en matière criminelle, si c'est à la Cour d'assises ou au jury ? La jurisprudence a varié à cet égard. Un arrêt du 18 floréal an VII [4] porte « que la question sur la récidive doit être proposée lors des débats comme circonstance aggravante et répondue par le jury ». Mais un autre arrêt du 11 juin 1812 décide, au contraire, que c'est la Cour seule qui doit faire cette appréciation: « attendu que le fait de la récidive n'est jamais une circonstance aggravante du fait de l'accusation, puisqu'il en est absolument indépendant; qu'il ne constitue pas non plus par lui-même un délit, puisqu'il n'est qu'un fait moral dont la loi déduit la preuve d'une perversité à raison de laquelle elle aggrave la peine du fait de la nouvelle accusation ; qu'il peut et doit donc être jugé et déclaré par la Cour d'assises [5] ». M. Carnot a combattu cette doctrine : il pense qu'on doit soumettre la récidive au jury, comme tous les faits qui se rattachent à l'accusation [6]. Nous ne partageons pas cette opinion. Toutes les circonstances aggravantes du fait de l'accusation doivent sans doute être soumises au jury, aux termes des art. 337 et 338 du Code d'instruction criminelle. Mais la récidive n'est point une circonstance aggravante : quoique concomitante à ce fait, elle lui est étrangère. Elle diffère sous ce

1. Cass., 28 fév. 1846, Bull. n. 61 ; 9 août 1855, Bull. n. 281.
2. Cass., 11 sept. 1828, Bull. n. 259.
3. Cass., 6 août 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 345.
4. Jurispr. gén., t. 11, p. 517.
5. Jurispr. gén., t. 11, p. 518, et Cass., 18 juin 1829, Bull. n. 135.
6. Sur l'art, 56. n. 14,

rapport des circonstances de l'âge, de la parenté, des fonctions, qui, à l'égard de certains crimes, forment des circonstances aggravantes. La récidive doit être considérée comme élément accidentel de la délibération pour l'application de la loi pénale, et cette délibération est exclusivement dans les attributions des juges de la Cour d'assises, d'après les règles sur la division des pouvoirs qui sont écrites dans les art. 362 et suivants du Code d'instruction criminelle.

Telle est aussi la pratique constamment suivie.

De ce qui précède, il faut déduire deux règles générales : 1° qu'il n'y a récidive qu'autant qu'il y a eu une première condamnation devenue inattaquable ; 2° que l'aggravation n'est applicable qu'autant que cette première condamnation est régulièrement prouvée. Nous allons maintenant rechercher quelle doit être la nature de la condamnation intervenue. Mais ici nous sommes forcés de séparer les matières criminelle et correctionnelle ; les principes cessent d'être identiques.

210. L'art. 56 du Code de 1810 déclarait en état de récidive tout accusé déjà condamné *pour crime*. De ces termes, la Cour de cassation avait pendant longtemps tiré les plus rigoureuses déductions : elle jugeait que l'accusé qui avait été condamné à raison d'un fait qualifié *crime* par la loi était passible de l'aggravation pénale, encore bien qu'à raison de son âge ou de toute autre circonstance, la peine appliquée fût purement correctionnelle [1]. La qualification du fait était la règle absolue : il importait peu que cette qualification appartînt à la législation spéciale ou à la loi générale, que la condamnation fût émanée d'une juridiction exceptionnelle ou commune [2].

Les termes explicites du nouvel art. 56 ont banni de la jurisprudence ces difficultés ; il ne suffit plus qu'un accusé ait été condamné pour *crime*, pour se trouver en état de récidive légale, il est nécessaire qu'il ait encouru *une peine afflictive*

1. Cass., 10 avril 1818, Bull. n. 42 ; 2 avril 1825, Bull. n. 84 ; 13 oct. 1827 Bull. n. 204 ; 18 janv. 1824, Bull. n. 11.

2. Cass., 3 janv. 1824, Bull. n. 1 ; 28 fév. 1824, Bull. n. 38 ; 25 nov. 1825, Bull. n. 227 ; 14 avril 1826, Bull. n. 87.

ou infamante. Cette peine est l'élément indispensable de la récidive : toutes les fois donc qu'à raison de l'âge ou d'autres circonstances atténuantes, l'accusé d'un crime n'a encouru qu'une peine correctionnelle, le second crime qu'il commet ensuite n'entraîne plus l'aggravation de l'art. 56 [1].

211. Mais la disposition de cet article est restée générale ; elle embrasse toutes les condamnations précédentes à une peine afflictive ou infamante, quelles que soient l'époque où elles ont été prononcées, les lois en vertu desquelles elles ont été infligées, les juridictions dont elles émanent [2].

Ainsi, elle s'applique aux condamnations antérieures au Code ; et cette application ne doit point être considérée comme entachée de rétroactivité, puisque l'aggravation ne porte ni sur la première condamnation, ni sur le premier crime, qu'elle frappe seulement sur le second crime commis sous l'empire du Code, et qu'elle est prononcée à raison de la perversité et des habitudes criminelles que suppose la récidive [3].

Elle s'applique à toutes les condamnations, encore bien qu'il n'existe aucun rapport d'identité, aucune analogie soit entre les crimes commis, soit entre les peines encourues [4].

Elle s'applique encore aux condamnations intervenues en vertu des lois pénales postérieures au Code. Cette dernière difficulté fut soulevée à l'occasion de la loi du 20 avril 1825 sur le sacrilége ; plusieurs Cours avaient refusé d'étendre l'art. 56 aux dispositions de cette loi, parce qu'elle était postérieure à cet article, et la spécialité de quelques-unes de ses incriminations, surtout la sévérité de ses peines pouvaient justifier cette résistance. L'abrogation de la loi du 20 avril 1825 par celle du 11 octobre 1830 ne permet plus de discuter cette question particulière ; mais le principe subsiste.

212. Les dispositions du Code relatives à la récidive font

1. Conf. cass., 29 juin 1837, Bull. 194 ; 8 mars 1838, Bull, n. 58 ; 3 déc. 1840, Bull. n. 344 ; 7 août 1849, Bull. n. 195 ; 22 janv. 1852, Bull. n. 23 et 25 ; 16 avril 1852, Bull. n. 127 ; 7 juill. 1853, Bull. n. 343.

2. * * V. toutefois *infra*, n° 214.

3. Cass., 20 juin 1812 et 16 nov. 1815, Jurispr. gén., t. 11, p. 513.

4. Cass., 12 fév. 1813, Jurispr. gén., *ibid*.

partie de ces principes généraux qui forment la base d'une législation criminelle, et qui sont destinés à servir de complément et de règle, non-seulement aux lois présentes, mais aux lois à venir. Ces dispositions ont pour objet de protéger l'ordre social et la paix publique contre ceux qui ont déjà bravé la menace des lois ; or, quelles sont les lois dont l'infraction peut compromettre la sécurité publique ? Évidemment toutes les anciennes lois que la société conserve et toutes les lois nouvelles qu'elle établit ; ces lois trouvent une sanction commune, ou du moins un complément de sanction dans l'aggravation des peines de la récidive. Qu'arriverait-il dans un autre système ? C'est que les nouvelles lois seraient aussi redoutables que les anciennes pour les hommes qui n'auraient jamais failli, tandis qu'elles le seraient beaucoup moins pour ceux qui auraient déjà commis un crime. Il suffit d'énoncer une telle inégalité ; comment croire que la société, lorsqu'elle est obligée de recourir à de nouvelles lois, puisse avoir l'intention de renoncer aux précautions qu'elle a établies contre les hommes qu'elle redoute le plus ? Tant que cette intention n'est pas manifestée par les lois postérieures, le principe de l'aggravation, qui forme le droit commun du système pénal, les saisit et s'y applique [1].

213. L'art. 56 doit-il être écarté lorsque le fait qui a motivé la première condamnation a cessé, lors de la seconde poursuite, d'être classé parmi les crimes ? Cette question a été fort controversée. L'art. 1er de la loi du 23 floréal an X ne plaçait en état de récidive que les accusés qui avaient été *repris de justice pour un crime qualifié tel par les lois actuellement subsistantes*. On a dit, pour continuer ce système sous le Code pénal, que ce Code n'avait voulu punir que la récidive des faits qui étaient crimes suivant ses dispositions, et non suivant une loi qui n'est plus, et dont le législateur a proclamé, en l'abrogeant, la sévérité et peut-être l'injustice [2]. La Cour de cassation a repoussé cette doctrine. Elle a posé en principe

1. * * V. Cass., 24 sept. et 28 nov. 1868 ; S., 69. 1. 365 ; 70. 1. 112 ; — 20 janv. 1882 ; S., 82. 1. 285.

2. Carnot, sur l'art. 56, n. 9 ; Legraverend, t. 2, 613.

que, lorsqu'il s'agit d'appliquer les peines de la récidive, la criminalité du fait doit être appréciée d'après les lois en vigueur à l'époque où le crime a été jugé, et non d'après les lois postérieures. Le motif de cette jurisprudence est qu'il s'agit d'un fait irrévocablement consommé auquel les qualifications ultérieures doivent rester étrangères [1].

La nouvelle rédaction de l'art. 56 paraît devoir clore sans retour cette discussion. La récidive légale, en effet, n'est plus celle des individus déjà condamnés *pour crime*, mais déjà condamnés *à une peine afflictive ou infamante*; ainsi, à l'idée complexe d'un crime précédemment commis, la loi a substitué le fait matériel de telle peine encourue. Elle ne considère point si le fait qui a motivé cette peine ne figure plus parmi les crimes; le fait de la peine encourue n'en subsiste pas moins, et ce seul fait suffit pour justifier l'aggravation. Telle est la théorie du Code; mais il eût été préférable qu'il eût autorisé cette exception à la généralité de ces dispositions : car la loi ne doit pas puiser une sévérité nouvelle dans un fait qu'elle déclare en même temps ou peu dangereux ou innocent. On a objecté que si la loi abrogée était sévère, l'audace de celui qui l'avait méprisée était plus grande [2]. Mais la culpabilité se mesure sur la gravité intrinsèque du fait. La loi est impuissante pour modifier la valeur morale des actions; la criminalité de l'auteur d'un délit de chasse sera toujours la même, soit que la peine soit correctionnelle ou infamante; si le premier fait a été injustement élevé au rang de crimes, la loi doit-elle perpétuer l'erreur où elle était tombée et qu'elle a reconnue, en en faisant l'élément d'aggravation d'une peine nouvelle ?

Une question analogue s'est présentée dans une espèce singulière. Un accusé avait été condamné pour vol qualifié commis en récidive, et cette dernière circonstance résultait d'un ancien arrêt qui lui avait appliqué la peine de la réclusion pour un vol commis dans un cabaret. La Cour de cassation, saisie du pourvoi, reconnut que, dans cette première procé-

1. Cass., 19 août 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 42,
2. Dalloz, Jurispr. gén., t. 11, p. 514.

dure, le jury avait omis de déclarer que l'accusé *était reçu* dans le cabaret où le vol avait été commis, circonstance qui, suivant la loi du 25 juin 1824, était constitutive du crime. C'était donc par suite d'une erreur judiciaire qu'une peine afflictive et infamante avait été prononcée, puisque le vol, dépourvu de cette circonstance aggravante, ne constituait plus qu'un simple délit. La Cour de cassatioa n'a point hésité dès lors à déclarer que : « lors du nouveau crime par lui commis, le demandeur n'était point précédemment condamné pour crime, ni par conséquent passible de l'aggravation de la peine [1]. » Il nous paraît que les termes formels du nouveau Code ne permettraient point de suivre aujourd'hui cette équitable décision. En effet, la Cour de cassation n'aurait plus à s'occuper de l'exactitude de la qualification du premier crime, mais seulement à vérifier la nature de la peine encourue ; et le fait de son application, élément unique de la récidive, ne serait point détruit par les vices de la condamnation.

214. La disposition de l'art. 56 s'applique, enfin, aux condamnations à une peine affictive ou infamante prononcées par les tribunaux militaires. Mais une distinction longtemps repoussée, puis admise par la jurisprudence, et qui a passé dans la loi, vient circonscrire cette application. Ce n'est qu'autant que la première condamnation a été prononcée pour des faits communs, punissables d'après les lois pénales ordinaires, que l'aggravation peut être appliquée. Cette restriction, consacrée par le dernier paragraphe de l'art. 56, est une importante amélioration. Il était déplorable de faire concourir à l'élévation d'une peine des délits spéciaux et des délits ordinaires. Les condamnations prononcées pour des faits de désertion ou d'insubordination ne peuvent plus servir de base à la récidive. Et la même décision s'étend aux autres délits militaires, tels que le vol par un militaire à ses camarades [2], et le détournement d'effets d'habillement [3].

1. Cass , 10 sept. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 9.
2. Cass., 6 janv. 1837, Bull. n. 3.
3. Cass., 23 janv. 1835, Bull. n. 29.

Peut-être cette distinction n'est-elle pas suffisante encore ; peut-être n'aurait-on pas dû considérer comme éléments de récidive des condamnations, quelles qu'elles fussent, émanées des tribunaux militaires. Car le fait, objet de la condamnation qu'il soit ou non puni de la loi pénale ordinaire, n'en garde pas moins l'empreinte de la juridiction exceptionnelle qui a fait l'application de la peine. Les garanties qui protégent l'accusé devant le jury, les formes tutélaires et lentes qui le conduisent jusqu'au jugement ne l'ont point environné. Les formes sommaires des conseils de guerre donnent à leurs jugements un caractère particulier ; ils n'ont pas la même autorité, ils n'impriment pas la même infamie. On peut croire que l'honorable susceptibilité qui anime les corps militaires a pu influer sur leur décision, que des considérations étrangères à la justice ordinaire ont pénétré l'esprit des juges : tout jugement de conseil de guerre, alors même qu'il a pour objet un délit commun, est encore un jugement de discipline militaire. Et puis, les lois de l'armée n'admettent pas la théorie de la récidive [1], de sorte que, si le crime militaire était commis postérieurement à la condamnation des juges ordinaires, l'accusé n'encourrait aucune aggravation ; la destinée de cet accusé sera donc soumise au hasard d'une question chronologique : les mêmes crimes seront punis d'une peine inégale, suivant la juridiction qui sera saisie du dernier. Enfin, il peut paraître que les deux juridictions qui sont en présence dans ce débat, étant étrangères l'une à l'autre, indépendantes l'une de l'autre, on doit hésiter à confondre leurs décisions pour en faire la base commune d'une aggravation de peine.

215. Il est utile d'insister sur ce dernier point et de fixer les limites qui séparent les tribunaux militaires et les tribunaux communs en ce qui concerne l'aggravation pénale résultant de la récidive. En principe général, comme on vient

1. Les lois des 30 sept.-19 oct. 1791, 12 mai 1793, 21 brum. an V, 15 juillet 1829 et 4 août 1857, sont muettes à cet égard. — V. Cass,, 23 janv. 1835, Bull. n. 29. — V. cependant l'art. 2 du décret du 19 oct. 1808, relatif à la récidive en cas de désertion.

de le dire, cette aggravation de peine est étrangère à la législation militaire : les Codes des armées de terre et de mer de 1857 et 1858, qui ont reproduit toutes les règles du droit commun qui doivent s'étendre à cette matière spéciale, ont gardé le silence sur le fait de la récidive ; la réitération des mêmes faits ne s'y trouve prévue qu'à l'égard du seul délit de désertion. Les travaux préparatoires de ces Codes manifestent d'ailleurs clairement la pensée du législateur que, pour les crimes et délits militaires ou maritimes, c'est-à-dire prévus par l'un ou l'autre de ces Codes, la sévérité de la loi est telle, que le seul choix entre le *maximum* et le *minimum* de la peine donne aux juges une latitude suffisante pour assurer une juste et ferme répression, même en cas d'existence d'une condamnation antérieure.

Il suit de là que les conseils de guerre ne sont appelés à faire l'application des art 56, 57 et 58 du Code pénal que lorsqu'ils jugent des crimes et délits dont ils demandent la répression, non point à la loi spéciale, mais à la loi commune. C'est ce qui résultait déjà de l'art. 5 de ce Code, qui, en déclarant l'inapplicabilité du Code aux délits militaires, a pour conséquence que ses dispositions sur la récidive ne peuvent s'appliquer qu'aux délits communs. On peut ajouter que la raison qui a déterminé le législateur à repousser la récidive lorsque le premier délit est purement militaire, existe également lorsque le second délit a le même caractère. Car serait-il juste de frapper de l'aggravation prononcée par la loi commune un fait qui, aux yeux de cette loi, n'a pas les caractères d'un délit et qu'elle n'a pas même prévu ?

Un autre corollaire est que les conseils de guerre, lorsqu'ils font retour au droit commun, doivent nécessairement prendre le Code pénal avec tous ses principes, et par conséquent ne peuvent appliquer l'art. 56 qu'avec la condition, imposée par le dernier alinéa de cet article, que le premier délit aurait été lui-même punissable d'après les lois pénales ordinaires [1].

1. Cass., 13 mai 1859, Bull. n. 123. — * * Cass., 29 mars 1877 ; Bull. nº 93 ; — 26 févr. et 26 août 1880 ; Bull. nºs 47, 170 ; S. 81.1.232.

Quoi qu'il en soit, la peine des fers, analogue aux travaux forcés, peut seule, parmi les peines militaires, servir de base à la récidive [1]. Celles des travaux publics et du boulet ne sont point au nombre des peines afflictives ou infamantes, et dès lors ne placent point le condamné sous l'application de l'article 56 [2].

216. L'aggravation que prononce cet article ne peut être appliquée, si la première condamnation est émanée d'un tribunal étranger [3]. Car les limites du territoire sont les limites de la souveraineté ; et ce serait donner, contre les principes du droit public, une exécution en France à un jugement rendu par un tribunal étranger, que de lui imprimer une force active pour l'application des peines de la récidive [4]. « Les jugements rendus ès royaumes et souverainetés étrangères, porte l'art. 121 de l'ordonnance de 1629, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucun effet en France. » Cette disposition de droit public n'a point été abrogée par les nouveaux Codes [5].

Mais on ne doit point considérer comme émanant d'un tribunal étranger la condamnation rendue par une Cour criminelle faisant partie de la France à l'époque où elle a été rendue, et détachée du territoire par suite des traités, ou encore les condamnations rendues par une Cour criminelle d'un pays étranger, qui depuis a été annexé à la France. La jurisprudence a consacré ces diverses solutions [6].

1. Cass., 12 févr. 1813, Bull. n. 24.

2. Cass.; 30 sept. 1825, Bull. n. 194 ; 22 déc. 1826, Bull. n. 263 ; Cass., contr., 15 oct. 1813, Bull. n. 22.

3. Merlin, Quest. de dr. v° Jugement. § 14.

4. Cass., 27 nov. 1828, Journ. du dr. crim.. 1829, p. 47. — V. toutefois sur cette question une dissertation de M. Paringault, Revue de législation, 1858. p. 469 ; et sur la question analogue de l'effet des jugements étrangers sur l'application de la règle *non bis in idem*, V. Cass., 21 mars 1862, Bull. n. 90, notre rapport qui a précédé cet arrêt. Dall. 62.1.148, et notre Traité de l'instr. crim., n. 1012.

5. Cass., 6 août 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 345.

6. Cass., 19 avril 1819, Bull. n. 31, et 4 janv. 1861. — * * V. aussi Cass., 3 avril 1875 ; Bull. n° 112.

217. Ici se termine l'explication des diverses dispositions de l'art. 56 ; nous avons vu que leur application est subordonnée à l'existence d'une précédente condamnation, au cas où cette condamnation est devenue définitive, enfin à la prononciation d'une peine afflictive et infamante. Nous croyons avoir donné à ces trois règles un développement suffisant. Quant aux pénalités énumérées par l'article, elles y sont clairement énoncées, et il ne nous paraît pas qu'il puisse s'élever de sérieuses difficultés sur leur application.

Toutefois on doit rappeler que l'art. 341 du Code d'instruction criminelle prescrit la position d'une question sur l'existence de circonstances atténuantes, en toute matière criminelle, *même en cas de récidive*. Cette importante innovation atténue la rigueur apparente de l'échelle d'aggravation et en corrige les effets. « Le principe de l'aggravation obligée de la peine, a dit le rapporteur de la Chambre des députés, eût rencontré quelques objections, si l'admission des circonstances atténuantes ne remédiait aux injustices que le principe peut quelquefois entraîner. » En effet, la gradation des peines, autrefois inflexible, s'assouplit aujourd'hui et peut se mesurer au degré de la culpabilité ; l'aggravation était nécessaire, elle n'est plus qu'une faculté. Nous n'hésitons pas à penser que c'est surtout à l'égard des récidivistes que ce système peut produire de salutaires effets : car la loi de l'aggravation de la peine s'appuie sur la présomption d'une perversité plus intense. Or, cette présomption peut souvent s'évanouir devant les faits : la récidive n'est pas toujours la conséquence d'une plus grande immoralité ; elle peut n'être due qu'à des causes accidentelles. La loi ne devait donc pas imposer au juge la nécessité d'aggraver la peine dans tous les cas : c'est à lui d'apprécier la criminalité de l'agent ; c'est donc à lui de peser si la raison de l'aggravation se rencontre ou non dans cet agent.

Cependant une ligne sépare toujours les accusés en récidive des autres accusés : la déclaration de l'existence des circonstances atténuantes n'a pas les mêmes effets pour les uns et les autres. A l'égard des accusés qui n'ont pas encore failli, elle fait descendre la peine d'un et même de deux degrés. A

l'égard des accusés en récidive, elle prévient seulement l'aggravation, et ne laisse ensuite au juge que la faculté d'abaisser la peine d'un seul degré ; car l'aggravation, étant le droit commun, s'incorpore avec la peine simple, et c'est sur cette peine aggravée que s'exerce l'effet de la déclaration des circonstances atténuantes.

Il suit de là : 1° que l'aggravation ne s'applique pas au cas où les circonstances atténuantes sont déclarées à l'égard du second crime : ainsi, l'accusé passible des travaux forcés à temps et, à raison de la récidive, du maximum de cette peine, ne doit être condamné, s'il y a des circonstances atténuantes, qu'au minimum de cinq ans, ou à la peine inférieure, « attendu qu'aux termes de l'article 463, les modifications apportées à la condamnation par l'effet de ces circonstances s'appliquent à la peine prononcée par la loi, qui, en cas de récidive, est le maximum [1] ; 2° que, par conséquent, le condamné, qui encourt la peine des travaux forcés à temps sur la déclaration du jury, et qui devient, en cas de récidive, passible du maximum, ne doit plus être, au cas de circonstances atténuantes déclarées, condamné qu'au minimum de cinq ans ou à la réclusion : « attendu qu'aux termes de l'art. 463, les modifications apportées à la condamnation par l'effet des circonstances atténuantes s'appliquent à la peine prononcée par la loi ; que la peine prononcée par la loi est celle qu'emporte le fait reconnu constant aggravé par l'état de récidive ; que, dès lors, avant d'attribuer à l'accusé le bénéfice des circonstances atténuantes, il faut examiner, d'une part, s'il y a récidive, d'autre part, quelles en sont les conséquences légales ; et que la modification résultant des circonstances atténuantes ne s'applique qu'à la peine ainsi déterminée [2] ; 3° que, par une conséquence ultérieure, d'ailleurs évidente, le condamné, dans la même hypothèse, ne pouvant encourir que le minimum des travaux forcés ou la réclusion, ne peut devenir passible

1. Cass., 7 février 1852, Bull. n. 53 ; 7 oct. 1852, Bull. n. 338 ; 24 mars 1854, Bull. n. 81 ; 24 sept. 1857, Bull. n. 351.

2. Cass., 24 janv. 1867, Bull. n. 16, et conf. cass., 5 janv. 1866, n. 7 ; 5 avril 1866, n. 92 ; 4 juin et 11 nov. 1869, n. 126 et 225.

de 12 ou 15 ans de cette dernière peine, puisque la récidive n'autorise pas les juges à franchir les limites légales d'une pénalité et à élever la durée de la réclusion au delà de 10 ans [1]; » 4° que l'aggravation ne s'applique pas non plus au cas où le second crime emporte la peine de mort, lors même que cette peine serait réduite à celle des travaux forcés à temps par suite des circonstances atténuantes ; car, la peine prononcée par la loi ne comportant pas d'aggravation, il n'est plus possible de calculer cette aggravation lorsque la peine a été abaissée sous l'influence des circonstances atténuantes [2].

218. Nous passons maintenant à la récidive appliquée aux matières correctionnelles. Les art. 57 et 58, qui ont prévu cette récidive, ont été remaniés et modifiés par la loi du 13 mai 1863, et nous croyons utile de rappeler d'abord leurs nouveaux textes :

« Art. 57. Quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement, aura commis un délit ou un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être portée jusqu'au double. Le condamné sera de plus mis sous la surveillance spéciale de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. »

« Art. 58. Les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année, seront aussi, en cas de nouveau délit ou de crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles, condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être portée jusqu'au double : ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du Gouvernement pendant au moins cinq années et dix ans au plus. »

Trois cas de récidive mixte, c'est-à-dire formée par le concours d'un crime et d'un délit, peuvent se produire : 1° lorsqu'un individu, déjà condamné à raison d'un délit, a commis un crime ; 2° lorsqu'un individu, déjà condamné pour crime, a commis un délit ; 3° lorsqu'un individu, déjà condamné pour délit, a commis un nouveau délit.

219. La première hypothèse ne motive aucune aggravation pénale, lorsque le crime qui fait l'objet de la deuxième con-

1 Cas, 16 sept. 1860, Bull. n. 212.
2. Cass., 13 janv. 1857, Bull. n. 23.

damnation, est puni d'une peine afflictive ou infamante. Dans ce cas, il n'y a point de récidive légale, et le Code, ayant gardé le silence, ne permet nulle aggravation de la peine. Ce n'est point une lacune de la loi, ainsi que l'ont prétendu quelques auteurs [1]; elle a voulu statuer ainsi, et elle a eu raison de le faire [2] : la peine dont le crime est passible, lorsque sa qualification est maintenue, suffit pour que le juge puisse, en la mesurant, tenir compte de cet élément de la criminalité; l'aggravation est absorbée par les pénalités plus graves encourues par le deuxième fait.

220. Le second cas d'une récidive mixte est celui où le crime a précédé le délit : c'est l'hypothèse de l'art. 57. Nous avions fait remarquer, en expliquant cet article avant la loi du 13 mai 1863, que la loi du 28 avril 1832 y avait conservé les mots : « Quiconque ayant été condamné *pour un crime* », tandis qu'elle avait remplacé dans l'art. 56 les mêmes mots par ceux-ci : « Quiconque ayant été condamné *à une peine afflictive ou infamante.* » Or, de cette différence d'expression devait-on induire un sens différent dans ces deux articles ? Tandis que, dans l'art. 56, on s'attache, pour reconnaître l'existence de la récidive, à la nature de la première peine appliquée, fallait-il, dans l'art. 57, continuer à la fonder sur la qualification du premier fait, lors même que ce fait n'avait mérité qu'une peine correctionnelle ? Nous ne l'avions pas pensé, et il serait inutile de reproduire maintenant les motifs de cette doctrine. La Cour de cassation ne l'avait pas d'ailleurs adoptée. Elle avait continué, nonobstant la rectification de l'art. 56, à faire sortir la récidive de la qualification extérieure du fait en faisant abstraction des divers degrés de culpabilité de son auteur. C'est ainsi qu'elle a successivement jugé qu'un accusé poursuivi pour un fait qualifié *crime* est réputé condamné pour un crime, encore bien qu'à raison de son âge, il n'ait encouru

1. Carnot, sur l'art. 58 n. 6; Favard, vº *Récidive*, n. 13; Legraverend, t. 2, p. 606.

2. Cass., 2 oct. 1818, Bull. n. 133; 8 juill. 1836, n. 219. — ** V. aussi Cass., 6 janv. 1881; Bull. nº 1; S. 82. 1. 281.

qu'une peine correctionnelle[1]; que l'excuse de la provocation, admise par le jury, ne dépouille pas le meurtre du caractère de crime, quoique la peine appliquée soit celle de l'emprisonnement[2]; enfin, que la déclaration des circonstances atténuantes ne modifie nullement la nature du fait, alors même qu'elle abaisse la peine jusqu'aux pénalités correctionnelles[3]. La loi a voulu mettre un terme à cette jurisprudence qui signalait dans ses textes une véritable anomalie.

L'exposé des motifs de la loi du 13 mai 1863 s'exprimait sur ce point en ces termes :

« Doit-on admettre que l'interprétation législative, donnée sous l'art. 56 pour les cas de récidive formée par le concours de deux crimes, fixe pareillement le sens de la loi dans l'art. 57 qui règle la récidive *mixte* de crime à délit ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé. Elle a continué d'appliquer l'art. 57 comme avant la loi de 1832 en fondant la récidive sur la qualification du fait. Il peut sembler d'abord que l'intérêt de la question soit plus doctrinal que pratique : ceux-là même qui pensent que l'art. 57 ne doit s'entendre que du cas où la première condamnation a prononcé une peine afflictive ou infamante, admettent pour l'autre cas l'application de l'art. 58 qui règle la récidive en matière de délits. Les deux systèmes se fondent ici dans le même résultat, les peines des art. 57 et 58 étant identiques. Mais la question prend un intérêt réel quand la condamnation à l'emprisonnement prononcée par la Cour d'assises n'a pas été de plus d'une année, comme le veut l'art. 58. Ce cas n'est pas rare : un fait d'excuse admis, le rejet d'une circonstance aggravante ou la déclaration des circonstances atténuantes autorisent la Cour à ne prononcer qu'une année d'emprisonnement et quelquefois moins. L'art. 58 devient alors inapplicable, et la question se pose de nouveau sur l'art. 57. Si on l'interprète en ce sens que la qualification du fait a suffi pour fonder la récidive, quelles qu'aient été la condamnation prononcée et la nature de la peine, comme il ne prescrit aucune condition de durée, on sera conduit à décider que la simple condamnation à quelques jours d'emprisonnement par une Cour d'assises peut constituer une récidive en cas de nouveau délit. Ce n'est pas l'esprit de la loi, on peut le dire hardiment depuis la révision de l'art. 56 ; c'est contraire à la disposition formelle de l'art. 58. Mais pour finir la controverse et ne laisser aucun doute, on propose de dire : « Qui-

1. Cass., 18 janv. 1827. Bull. n. 21 ; 10 avril 1828, n. 103 ; 28 juin 1828, Journ. crim. 1829, p. 58 et 304.

2. Cass., 17 janv. 1833, Journ. crim., 1833, p. 69.

3. Cass., 27 juin 1833, Journ. crim., 1833, p. 279; 28 août 1845, Bull. n. 273; 4 janv. 1856, n. 4; 6 fév. 1857, n. 37.

conque ayant été condamné pour crime à une année d'emprisonnement. » Cette rédaction aurait en outre l'avantage de rétablir la concordance entre les trois articles, en faisant dépendre dans tous les cas l'existence de la récidive de la nature et de la durée de la peine précédemment prononcée. »

Ces observations, complétement adoptées par le rapport du Corps législatif, ont motivé la première modification de l'art. 57. On peut en induire deux corollaires : le premier, c'est que la solution que nous avions proposée était, ainsi que le déclare l'exposé des motifs, conforme à l'esprit de la loi, conforme à la pensée qui avait dicté la modification de l'art. 56, et c'est pour suivre cette pensée et en compléter l'application, qu'une modification analogue a été introduite dans l'art. 57. Le deuxième corollaire est qu'il faut désormais considérer comme une règle générale que la récidive se fonde, non sur la qualification du premier fait, comme le voulait la jurisprudence, mais uniquement sur le caractère de la peine infligée à raison de ce fait. « L'art. 56, dit le rapport du Corps législatif, était l'application évidente du principe qui fait dépendre l'aggravation du second fait punissable, non du caractère de la poursuite, mais du caractère de la punition infligée à la première infraction. L'application du même principe aurait dû faire apporter un changement analogue de rédaction à l'art. 57. Le projet vous propose de réparer cette omission. »

221. Le troisième cas d'une récidive mixte est celui où le premier fait ayant été puni d'une peine supérieure à une année d'emprisonnement, le second fait est passible d'une peine correctionnelle. Cette troisième hypothèse a été l'objet d'une modification que la loi du 13 mai 1863 a introduite dans les art. 57 et 58 et qui mérite un sérieux examen.

Cette modification a consisté à insérer dans ces deux articles, à la suite du mot délit, formant le second terme de la récidive, ces mots : « ou un crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles. » La loi assimile ainsi le fait qualifié délit par la poursuite et le fait qualifié crime par cette poursuite, mais auquel la condamnation n'inflige qu'une peine correctionnelle. C'est l'application du principe que nous

avons relevé tout à l'heure et d'après lequel, en matière de récidive, c'est du résultat qu'il faut tenir compte et non de la qualification donnée au fait par la poursuite.

Ainsi, suivant l'art. 57 ainsi modifié, il importe peu que le premier fait, qui forme le premier terme de la récidive, conserve ou non sa qualification de crime, pourvu que la peine encourue soit supérieure à une année d'emprisonnement. Il importe peu également que le deuxième fait, le second terme de la récidive, ait été qualifié par la poursuite crime ou délit, pourvu que, s'il a été qualifié crime, il ne soit passible que de peines correctionnelles. Cet article prévoit donc à la fois: 1° une récidive de crime à crime, quand le premier fait maintient sa qualification et que le second n'est jugé passible que de peines correctionnelles ; 2° une récidive de crime à délit, quand le premier fait est qualifié crime et le second délit ; 3° une récidive de délit à délit, quand le premier fait a descendu aux proportions d'un délit et que le second, soit dans la poursuite, soit dans le jugement, a reçu le même caractère.

Dans l'art. 58, qui ne prévoit que la récidive de délit à délit, la même addition a produit une autre conséquence. Nous avons vu tout à l'heure, en effet, que la récidive de délit à crime n'a pas été prévue par la loi et ne motive aucune aggravation pénale, lorsque le crime, conservant son caractère, est puni d'une peine afflictive ou infamante. Mais il n'en est plus ainsi lorsque le deuxième fait qualifié crime, par l'effet du rejet des circonstances aggravantes, de l'admission d'une excuse légale ou de la déclaration des circonstances atténuantes, n'est passible que d'une peine correctionnelle ; cette peine est portée dans ce cas au maximum et peut être élevée jusqu'au double. Un député a critiqué ce nouveau cas de récidive ; il a soutenu que si la récidive de délit à crime ne donne lieu à aucune aggravation, quand le crime est puni de peines afflictives et infamantes, il en doit être encore ainsi lorsque, par suite de circonstances atténuantes, il n'est puni que de peines correctionnelles. Le commissaire du gouvernement a répondu que si, dans le système du Code, la récidive de délit à crime n'aggravait

pas la situation de l'accusé, c'est que le crime était puni d'une peine assez grave pour tenir compte de cette circonstance ; mais que, depuis l'introduction du principe des circonstances atténuantes, il arrive souvent qu'un crime n'est puni que comme délit ; et que, puisqu'on déclare en état de récidive celui qui, après avoir subi une condamnation d'un an d'emprisonnement, encourt une condamnation nouvelle à 3 ou 6 mois, on ne peut refuser d'appliquer la même règle à celui qui, après avoir subi une condamnation à plus d'un an, est traduit une seconde fois devant la Cour d'assises pour crime, au lieu de l'être devant le tribunal correctionnel pour délit. Tel est le sens de l'addition faite dans l'art. 58.

222. Cette addition n'existait point dans le projet du Gouvernement : ce projet ne proposait aucune modification à l'article 58. Cette modification est due à l'initiative de la commission du Corps législatif. On lit dans son rapport :

« Puisque nous consacrons une seconde fois ce principe qu'en matière de récidive, ce n'est pas la poursuite, mais son résultat qui doit être considéré, nous avons cru opportun d'en faire l'application à deux cas analogues qui faisaient difficulté en jurisprudence. Ainsi la récidive de délit à crime n'existe pas dans l'économie de la loi. Mais qu'après un premier délit puni de plus d'un an d'emprisonnement,ou un premier crime qui n'aura été puni que de peines correctionnelles, il y ait poursuite pour un crime et que ce crime dégénère en délit par la peine qui lui sera infligée, il est évident qu'il y aura les mêmes raisons de décider, et que, d'après notre règle, tous ces cas ne doivent être que des variétés de la récidive de délit à délit. Nous avons voulu le proclamer en conformant la rédaction des art. 57 et 58 à cette pensée. »

La pensée de la commission était assurément très logique ; il y a lieu de regretter seulement qu'elle n'ait pas pesé avec plus de prévoyance les termes de sa rédaction. Il est clair qu'elle n'en a pas aperçu toutes les conséquences. La discussion ne fournit à cet égard que de très vagues renseignements. Ainsi, au sujet d'uue objection relative à la surveillance, le commissaire du Gouvernement a fait la réponse suivante :

« On demande si, le jury ayant déclaré l'existence des circonstances atténuantes et la Cour n'ayant prononcé que des peines correctionnelles dans la situation de la récidive, la Cour peut encore, par une sorte de prolongement indéfini des circonstances atténuantes, affranchir de la surveillance. Lorsque la Cour, par suite de la déclaration des circonstances atténuantes par le jury, au lieu d'une peine afflictive et infamante, n'a appliqué qu'une peine correctionnelle, l'effet de cette déclaration des circonstances atténuantes est épuisé. La loi a mesuré l'effet de cette déclaration; elle l'a mesuré dans l'art. 401. Dans les deux autres cas, s'il y a déclaration d'un cas d'excuse et surtout s'il y a négation de circonstances aggravantes, alors le caractère des faits changeant, le jury n'a pas déclaré de circonstances atténuantes, la Cour reprend le droit de les déclarer au même titre qu'un tribunal correctionnel aurait pu le faire si l'individu avait été traduit devant un tribunal correctionnel, et dans ce cas elle pourra décharger le prévenu de la surveillance; mon avis est que, lorsqu'on a appliqué le bénéfice des circonstances atténuantes à une peine correctionnelle, l'effet de ces circonstances atténuantes est épuisé. »

Cette explication, si elle n'était pas limitée à un point secondaire, jetterait peut-être quelque lumière sur la pensée législative; mais il en résulte en même temps que la commission n'avait pas entrevu d'autres difficultés qui étaient cependant assez graves pour mériter toute son attention. Sa rédaction menaçait d'une inflexible interprétation, non-seulement la surveillance, mais la peine principale elle-même, et les auteurs de la formule, insérée dans les art. 57 et 58, ne semblaient pas le soupçonner. Ainsi le commissaire du Gouvernement, à l'occasion de la même question de surveillance, disait encore :

« Le Conseil d'État pense que, lorsqu'un individu est condamné en état de récidive, soit devant une Cour d'assises, soit devant un tribunal correctionnel, la déclaration des circonstances atténuantes a cette puissance de donner au juge la liberté de faire disparaître toute l'aggravation résultant des cas de récidive. J'ajoute que c'est la disposition expresse et formelle de la loi. Il est impossible, en effet, de conserver un doute à cet égard en présence des termes si énergiques de l'art. 463 : « même en cas de récidive. » Cela est impossible encore en présence de l'énonciation non moins explicite de l'art. 341 du Code d'instruction criminelle, qui dit qu'en toute matière criminelle, « même en cas de récidive », le jury sera interrogé sur l'existence des circonstances atténuantes. En rappro-

chant cet art. 341 de l'art. 463, on trouve que dans ce cas la Cour doit appliquer les peines de l'art. 401. La surveillance est bien au nombre de ces peines, mais facultative. »

Le législateur ne semblait plus apercevoir ici les limites du pouvoir d'atténuation qu'il paraissait entrevoir tout à l'heure. Il considère ce pouvoir comme illimité, et ce sont précisément les restrictions dans lesquelles il est enfermé qui vont faire la difficulté à laquelle nous arrivons.

223. Lorsque, dans l'hypothèse des art. 57 et 58, le fait, objet de la seconde poursuite, est qualifié délit, les droits de la juridiction correctionnelle ne donnent lieu à aucune incertitude. Elle peut prononcer le maximum de la peine portée par la loi, et même porter le maximum au double ; elle peut aussi, si elle reconnaît des circonstances atténuantes, réduire la peine d'emprisonnement dans les limites du dernier paragraphe de l'article 463, et, dans le cas où le minimum de la peine légale est inférieur à une année, substituer même à l'emprisonnement une simple peine de police. La récidive en matière correctionnelle ne donne lieu qu'à une aggravation facultative.

Mais lorsque le nouveau fait qualifié crime par la poursuite est devenu délit, non par la condamnation, comme on l'a dit inexactement, mais par l'effet de la déclaration du jury, il y a lieu de distinguer. Il ne paraît pas qu'il puisse s'élever de question sérieuse si cette transformation est la conséquence, soit de ce qu'une excuse légale a été admise, comme, par exemple, la provocation en cas de meurtre, soit de ce que les circonstances aggravantes, auxquelles était attachée la qualification de crime, ont été écartées. Le fait reconnu constant n'a, en effet, dans ce cas d'autre caractère que celui d'un délit : la Cour d'assises se trouve donc investie, comme la juridiction correctionnelle, si les circonstances lui semblent atténuantes, du droit de réduire, même en cas de récidive, les peines d'emprisonnement et d'amende au niveau qui a été tout à l'heure indiqué.

224. Mais si le crime conserve son caractère de crime, s'il ne doit être puni de peines correctionnelles qu'à raison des

circonstances atténuantes déclarées, une question grave se présente. Cette question vient de ce que la commission a renversé, sans doute à son insu, une règle d'application pénale. Cette règle consiste en ce que, toutes les fois que l'accusé est en état de récidive, l'aggravation pénale attachée à cette circonstance s'incorpore avec la peine simple, et c'est sur cette peine ainsi aggravée que s'exerce l'action des circonstances atténuantes (Voy. nº 149). Or, dans l'hypothèse créée par la loi, l'atténuation est déjà en tout ou en partie consommée au moment où l'aggravation vient s'incorporer à la peine ; la déclaration des circonstances atténuantes a déjà eu son effet lorsque la Cour d'assises est appelée à infliger la peine du crime ou du délit. En parlant d'un crime « qui devra n'être puni que de peines correctionnelles », la loi admet que l'effet de ces circonstances a été consommé. C'est une exception à la pratique habituelle. La commission s'est donc trompée si elle a cru enfermer dans les art. 57 et 58 des hypothèses à peu près identiques; ces hypothèses diffèrent en ce que le droit d'atténuation s'exerce différemment sur elles.

225. Supposons, en premier lieu, que le crime soit passible de la réclusion, de la détention, du bannissement ou de la dégradation civique ; l'admission des circonstances atténuantes faite par le jury a pour conséquence immédiate que ce crime « ne devra être puni que de peines correctionnelles », des peines portées en l'art. 401. Mais le fait de la récidive met en même temps la Cour d'assises en face des art. 57 et 58, qui lui prescrivent de prononcer le maximum de la peine portée par la loi. Que doit-elle faire ? Est-elle liée par leur texte, et ce maximum est-il immuable ? Il nous semble qu'une distinction est possible. Si le fait est devenu passible de peines correctionnelles, c'est par le seul effet de la déclaration du jury, ce n'est encore qu'un premier degré d'atténuation : la Cour d'assises n'a pas encore usé du droit d'atténuation qu'elle possède aussi ; elle n'a pas appliqué le second degré d'atténuation. Ce droit, elle le retient et le conserve, elle peut l'exercer encore. Le fait lui arrive avec le caractère d'un simple délit : elle peut exercer le pouvoir qui lui appartient en matière de délit. Objectera-t-on qu'il est paralysé par le texte impératif des

art. 57 et 58 ? La réponse est qu'en matière correctionnelle l'art. 463 autorise l'atténuation « même en cas de récidive ». La Cour d'assises se trouve, après la déclaration du jury, en présence d'un fait puni des peines de l'art. 401. Or, quel est alors l'effet de la récidive? C'est d'élever la peine au maximum et non d'en changer la nature ; et cette peine portée au maximum et l'aggravation qui y est attachée ne cessent pas d'être l'emprisonnement. Dans cette situation, la Cour d'assises, qui n'a pas encore usé de son droit d'atténuation et qui peut en user, aux termes de l'art. 463, dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est prononcée par le Code pénal, peut donc la réduire à son minimum légal, qui se trouve dans ce cas d'une année d'emprisonnement. Je sais qu'on peut dire que les derniers paragraphes de l'art. 463 n'autorisent le droit d'atténuation de la Cour d'assises que lorsque cette Cour exerce les pouvoirs de la juridiction correctionnelle, et par conséquent quand elle est investie, non pas seulement d'un des deux dégrés, mais de la plénitude du droit. La réponse est qu'il ne s'agit pas d'appliquer ces paragraphes, puisque l'atténuation ne peut descendre au-dessous d'un an, mais qu'il paraît difficile de ne pas invoquer, puisque la matière est devenue correctionnelle, la règle qu'ils ont consacrée, à savoir, que l'aggravation en cette matière n'est que facultative [1].

1. ** La solution ingénieuse proposée par notre savant auteur pour sortir d'une difficulté inextricable ne nous paraît pas admissible. Sans parler de l'étrangeté du procédé consistant à intercaler l'aggravation de la récidive entre deux degrés d'abaissement des circonstances atténuantes, il nous paraît que les circonstances atténuantes ont produit tout leur effet quand la peine de la réclusion a été transformée en un emprisonnement ne pouvant descendre au-dessous d'un an. On dit que la Cour d'assises a à sa disposition un 2e degré d'atténuation, « parce que le fait lui arrive avec le caractère d'un simple délit et qu'elle peut exercer le pouvoir qui lui appartient en matière de délit. » — Pour démontrer l'erreur de ce système, il suffit d'en signaler les conséquences. Ce pouvoir d'atténuation, la Cour ne pourrait le puiser que dans le dernier § de l'art. 463 ; et si ce paragraphe était applicable, il s'ensuivrait que la Cour peut réduire l'emprisonnement même au-dessous de six jours et l'amende même au-dessous de seize francs, et même substituer l'amende à l'emprisonnement. Si la Cour a le droit d'appliquer à nouveau les circonstances atténuantes, on ne voit pas pourquoi elle serait enchaînée par le minimum d'un an. Mais

226. Supposons, en second lieu, que le nouveau crime, reconnu constant avec des circonstances atténuantes, soit passible de la peine des travaux forcés à temps. La solution est nécessairement moins favorable encore. Ce crime, en effet, ne peut descendre au niveau des peines correctionnelles que par un double degré d'atténuation, c'est-à-dire par l'application successive du droit du jury et du droit de la Cour d'assises. Que peut faire cette Cour ensuite en constatant la circonstance de la récidive ? Elle a exercé son droit d'atténuation, son pouvoir à cet égard est épuisé. Elle ne peut plus qu'appliquer la loi pénale, et cette loi, quelle est-elle ? c'est, aux termes des art. 57 et 58, le maximum de la peine portée par l'art. 401, cinq ans d'emprisonnement.

On arrive donc à ce résultat que des cas que la commission du Corps législatif avait assimilés, qu'elle avait considérés comme des variétés d'une même criminalité, qu'elle a soumis

la vérité est que ce pouvoir d'atténuation ne lui appartient que « *dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal* », et nullement quand ces peines sont devenues applicables à un *crime* par suite de circonstances atténuantes déclarées par le jury, qui ont déjà produit leur effet, et avec lesquelles une seconde atténuation ferait évidemment double emploi ! — On ne saurait nier qu'il ait été dans la pensée du législateur de 1863 d'appliquer l'art. 57 au cas où le fait n'est puni que d'une peine correctionnelle par suite de l'admission des circonstances atténuantes et *de ne considérer que le résultat* ; mais, comme cette pensée n'a pas passé dans un texte formel, comme elle est manifestement contraire à tous les textes et à tous les principes de la matière, notamment aux articles 341 C. inst. crim. et 463 C. p., desquels il résulte que l'aggravation pour récidive fonctionne avant l'atténuation des circonstances atténuantes, comme les circonstances atténuantes étaient précisément destinées, dans la pensée du législateur, à corriger les imperfections de la loi *notamment en matière de récidive* (V. le Rapport sur la loi du 28 avril 1832), nous proposerions de décider que l'aggravation de la récidive doit toujours être appliquée avant l'atténuation des circonstances atténuantes. Dans ce système, les mots « *crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles* » ne s'appliqueraient qu'au cas d'excuse légale, point au cas de circonstances atténuantes. — V. sur le concours de la récidive et des circonstances atténuantes : Cass., 18 sept. 1873 ; Bull. n. 249 ; — 17 et 22 février 1877 ; Bull. n. 57 ; — 9 juin 1877 ; Bull. n. 138 ; S. 78. 1. 281 et la note ; — 6 nov. 1879 ; S. 81. 1. 193 ; — 29 avril et 29 juill. 1880 ; S. 82. 1. 336 ; — 17 janv. 1884 ; Bull. n. 16.

aux mêmes conditions de répression, sont frappés de peines tout à fait inégales. Que cette conséquence ait été ou non prévue, il est difficile de ne pas considérer comme une anomalie, lorsque la matière est devenue correctionnelle, l'application d'une aggravation pénale qui devient nécessaire dans un seul cas, facultative dans tous les autres ; il est difficile de justifier la mesure différente de cette aggravation, qui tantôt s'atténue et s'efface, tantôt conserve son inflexible rigueur ; il est dificile enfin d'admettre qu'il y ait entre les faits correctionnalisés la distance énorme qui sépare les dégrés de la répression.

227. C'est donc en dénonçant son extrême rigueur que nous constatons le sens de la loi. On a prétendu que nous avions trouvé dans ses dispositions un excès d'indulgence que nous aurions voulu tempérer par notre interprétation [1]. N'avons-nous pas sans cesse et partout critiqué les pénalités inflexibles qui défendent aux juges de tenir compte des multiples nuances de la criminalité? Mais si l'immuable niveau de nos deux textes nous paraît contraire aux intérêts d'une bonne justice, si cette disposition nous semble regrettable, elle existe néanmoins, et il faut bien la reconnaître. Nous avons examiné, avec le désir de pouvoir les appuyer, les diverses interprétations qu'un louable sentiment d'équité a suggérées et que de très-estimables légistes ont successivement soutenues. Les uns veulent écarter l'aggravation pénale quand la déclaration des circonstances atténuantes réduit la peine à la réclusion ou à l'emprisonnement ; les autres restreignent l'effet de cette déclaration à la qualification du fait et réservent une nouvelle atténuation applicable à la mesure de la peine ; les autres enfin discutent et limitent le pouvoir atténuant de la Cour et tourmentent les textes de l'art. 463 pour en faire sortir que l'aggravation pénale, dans tous les cas où les circonstances atténuantes ont fait descendre la peine, cesse d'être obligatoire et n'est plus que facultative [2].

1. M. Jules Buffe, du Cumul des délits, p. 198.
2. V. M. Bertauld, Revue de législation, 1863, p. 386 ; M. Pellerin, Commentaire sur la loi du 13 mai, p. 34 ; M. Jules Buffe, M. Boissart, etc.

Aucun de ces systèmes ne peut se concilier avec les termes de la loi ; ils accusent avec raison sa sévérité et même son imprévoyance ; mais, impuissants à la corriger, ils ne peuvent même, à raison de sa clarté, fonder une doctrine qui puisse l'atténuer[1].

228. Ces questions ont été portées devant la Cour de cassation, qui en a fait l'objet d'un examen approfondi, et qui, dans l'une et l'autre hypothèse, a consacré la double solution que nous avions proposée.

La première hypothèse est celle où le crime est passible de la réclusion. Un individu, à qui la Cour d'assises de Maine-et-Loire avait appliqué le maximun de la peine de la réclusion, à raison de son état de récidive, s'est pourvu, et la Cour de cassation a prononcé l'annulation de l'arrêt : « attendu que le demandeur a été déclaré coupable d'un vol avec les circonstances aggravantes que ce vol a été commis en réunion de deux personnes, dans une maison habitée, crime qui, aux termes de l'art. 386, n° 1, du C. pén., était passible de la peine de la réclusion ; que le jury ayant en même temps admis l'existence de circonstances atténuantes, l'accusé ne pouvait encourir qu'une peine correctionnelle, suivant la teneur du § 7 de l'art. 463, qui porte que si la peine est celle de la réclusion, la Cour appliquera les dispositions de l'art. 401, sans toutefois pouvoir réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous d'un an ; que toutefois l'accusé, ayant été reconnu en état de récidive comme ayant été condamné antérieurement à quatre ans d'emprisonnement pour crime de vol, était passible de l'application de l'art. 57 ; que, dans cet état, la Cour d'assise pouvait, soit en faisant application immédiate de l'art. 57, prononcer le maximum de la peine d'emprisonnement, soit, usant de son droit d'atténuation, et faisant descendre la peine d'un second degré, la réduire dans sa durée jusqu'au minimum d'une année ; mais qu'en appliquant la peine de la réclusion, applicable au fait déclaré constant, lorsque la déclaration des circonstances atténuantes faisait

1. V. M. Achille Morin, Journ. du dr. crim., 1864, p. 67 ; M. Molinier, Recueil de l'Académie de législation, 1862, p. 122.

descendre nécessairement cette peine au niveau des peines correctionnelles, l'arrêt attaqué a dénié à cette déclaration son effet légal, et que si la circonstance de la récidive pouvait modifier cet effet, cette aggravation, d'ailleurs purement facultative en matière correctionnelle, n'autorisait que l'application du maximum, qui pouvait même être porté au double de la peine d'emprisonnement [1]. »

La deuxième hypothèse est celle où le crime est passible des travaux forcés. La Cour d'assises du Finistère n'avait prononcé que trois ans d'emprisonnement contre un individu antérieurement condamné à un emprisonnement de plus d'une année, et déclaré coupable de vol avec effraction dans un édifice. Sur le pouvoi du ministère public, cet arrêt a été cassé : « attendu qu'aux termes de l'art. 58, les prévenus précédemment condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année sont, en cas de nouveau délit ou de crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles, condamnés au maximum de la peine portée par la loi ; que, par ces mots : « en cas de crime qui devra n'être puni que de peines correctionnelles », la loi a entendu tous les cas où le fait qualifié crime par l'accusation ne devient passible, d'après la déclaration du jury, que de peines correctionnelles, soit que ce résultat ait été produit par l'admission d'un fait d'excuse, ou par le rejet des circonstances aggravantes, soit qu'il ait été produit par la déclaration de circonstances atténuantes ; que la loi ne fait, en effet, aucune distinction entre les causes d'atténuation de la peine, et qu'il ressort de ses motifs qu'elle a eu l'intention formelle de ne considérer que le résultat de la poursuite ; que le but de cette règle nouvelle a été de frapper d'une aggravation pénale des cas de récidive qui avaient échappé à la prévoyance de la loi ; que si, jusque là, aucune aggravation n'était attachée à la récidive de délit à crime, c'est que la peine du crime laissait au juge une latitude suffisante pour la répression ; mais que la faculté créée par l'art. 463 de faire dégénérer le crime en délit par la peine qui lui est appliquée ne

1. Cass., 15 sept. 1864, Bull. n. 233.

laissant plus cette latitude au juge, il a paru nécessaire de fixer dans ce cas la limite où l'atténuation devrait s'arrêter ; qu'ainsi, lorsque, comme dans l'espèce, le crime qui sert de base à la seconde poursuite est passible de la peine des travaux forcés à temps, que le jury a déclaré l'existence des circonstances atténuantes, et que la Cour d'assises, par un double degré d'atténuation, se trouve amenée à faire l'application d'une peine correctionnelle, cette peine, a raison de la récidive, ne peut descendre au-dessous du niveau déterminé par l'art. 58 ; que, d'une part, cette limite est fixée pour tous les cas où l'emprisonnement est prononcé pour un crime commis en récidive d'un délit et puni de peines correctionnelles, et que, d'une autre part, le juge, en descendant la peine de deux degrés, a épuisé son pouvoir d'atténuation [1]. »

229. Toutefois la loi pénale admet quelques restrictions.

Lorsqu'un fait qui suppose l'état de récidive est puni par la loi d'une peine déterminée, cette peine doit seule être appliquée ; aucune aggravation ne peut être prononcée. Le Code pénal offre deux exemples de cette règle exceptionnelle dans les art. 45 et 245. Le premier prévoit l'infraction du ban par un condamné à la surveillance, et le second l'évasion des détenus par bris de prison ou par violences. Or, ces deux infractions supposent également la récidive, puisqu'elles sont commises par des individus qui se trouvent frappés de condamnations. Cette circonstance est donc essentielle au délit lui-même, et dès lors elle ne peut faire aggraver une peine qui a été mesurée à raison de son existence même [2]. Une autre raison est qu'il s'agit moins ici d'un délit moral que d'une contravention matérielle. La rupture

1. Cass., 26 mars 1864, Bull, n. 77. — ** V. pour la jurisprudence la plus récente, *suprà*, p. 366, en note.

2. Cass., 22 fév. 1828, Bull. n. 50 ; arr. Grenoble, 11 déc 1833. Journ. du dr. crim., 1834. p. 91 ; arr. Paris, 29 avril 1833, Journ. du dr. crim., p. 100, et Cass., 15 juin 1837, Bull. n. 181 ; Journ. du dr. crim., 1837, p. 167, art. 1991 ; 14 avril 1864, *ibid.*, 1864, p. 254.—** Cass., 16 mai 1878 ; Bull. n° 112 ; — 24 juill. 1879 ; Bull. n. 151 ; S. 81. 1. 141 ; — 25 janv. et 1er fév. 1883 ; Bull. n° 29 ; S. 85. 1. 40.— Comp. toutefois Cass., 17 fév. 1882 ; Bull. n° 47.

du ban et l'évasion ne révèlent point dans le délinquant une perversité plus dangereuse ; ce sont de simples infractions à des mesures de police et de sûreté. Or, l'aggravation de la peine se fonde sur une présomption de l'immoralité plus grande du condamné.

Cependant il y a lieu de remarquer, « que si la condamnation pour l'infraction de ban ne saurait se combiner avec la condamnation qui a placé le condamné en état de surveillance, pour produire l'état de récidive, il n'en est plus ainsi quand la condamnation pour l'infraction de ban est suivie d'une seconde infraction de la même nature ; que, dans la première hypothèse, l'infraction supposant par elle-même l'état de récidive, cette circonstance ne peut entrer dans la mesure de la peine, tandis que dans la seconde, cette considération cesse d'exister [1]. » A plus forte raison, doit-on admettre, avec un autre arrêt, « que si la condamnation qui a prononcé la mise en surveillance ne peut elle-même produire l'état de récidive par rapport aux infractions qui ne résultent que du refus de se soumettre à son exécution, cette raison spéciale reste complétement étrangère à toutes autres condamnations antérieures ou postérieures, ayant une cause distincte ; quelle ne peut ni modifier les effets qui leur sont propres, ni les empêcher de se reproduire successivement pour chaque nouveau délit [2].

230. Une deuxième exception à la disposition générale de l'art. 58 a lieu lorsqu'une disposition particulière a prévu le cas de récidive d'un délit, et a gradué la peine d'après cette circonstance. Le Code pénal nous présente un exemple de cette hypothèse dans son art. 200, ainsi conçu : « En cas de nouvelles contraventions, le ministre du culte qui les aura commises sera puni, savoir : pour la première récidive, d'un emprisonnement de 2 à 5 ans, et pour la seconde, de la détention. » Il est facile d'apercevoir que cet article déroge formellement aux règles générales sur la récidive. Nous remar-

1. Cass., 20 juill. 1854, Bull. n. 229. — * * Cass., 1er fév. 1883 ; Bull. n° 29.

2. Cass., 14 nov. 1856, Bull. n. 352.

querons, en passant, qu'il offre un exemple, rare dans notre législation, d'une aggravation progressive à raison du nombre des récidives [1]. Le Code pénal de la Louisiane est le seul qui ait prévu, par une disposition générale, les deuxièmes récidives : cette gradation était une règle de l'ancien droit : *Gravius multo puniendus est qui ter delinquit quàm qui bis.* »

231. Le principe qui veut que la récidive entraîne une aggravation pénale domine toute la législation ; il établit une responsabilité plus grave qui s'étend à tous les cas où l'individu répond de ses actes, car il n'y aurait pas de motif de l'appliquer à une série d'infractions et de ne pas l'appliquer à une autre série. Les art. 57 et 58 s'appliquent donc à toutes les matières spéciales, à moins que ces matières ne renferment des dispositions particulières sur ce point [2].

La loi du 5 mai 1844, sur la chasse, contient une disposition particulière sur la récidive. Cette disposition a été appréciée par un arrêt qui déclare : « que s'il est de règle que les prescriptions du droit commun, en ce qui touche l'état de récidive, dominent les lois spéciales, lorsque ces lois n'en ont pas autrement ordonné, il est également de règle qu'il ne peut plus en être ainsi toutes les fois qu'il a été dérogé par la législation spéciale aux prescriptions du droit commun ; qu'il est encore certain en principe que la dérogation peut être expresse ou implicite ; qu'elle peut, conséquemment, résulter soit d'un texte précis, soit de l'ensemble des dispositions de la loi nouvelle, d'où peut ressortir la constatation de la volonté du législateur de disposer à nouveau et sans référence avec la loi générale préexistante ; qu'en matière de récidive, et alors qu'il ressort de plusieurs de nos lois que cet état a été subordonné par quelques-unes, sinon à l'identité, du moins à la parité des délits, la volonté du législateur de faire cesser la référence avec la loi générale et de disposer à nouveau,

1. * * On en trouve un autre exemple dans l'art. 2 de la loi du 23 janvier 1873, sur l'ivresse publique.

2. * * V. Cass., 24 sept. et 28 nov. 1868 ; S. 69. 1. 365 ; 70. 1. 142 ; — 20 janv. 1882 ; S. 82. 1. 285.

résulte virtuellement de ce fait qu'il règle par des prescriptions particulières les éléments et la pénalité de la récidive, telle qu'il entend la prévoir, la constituer et la punir ; qu'il en a été ainsi fait par les art. 14 et 15 de la loi sur la police de la chasse du 3 mai 1844 ; qu'en effet, elle a déterminé, d'une part, par l'art. 15, les conditions constitutives de la récidive, qui n'existe, d'après cet article, que « lorsque, dans les douze mois qui ont précédé l'infraction, le délinquant a été condamné *en vertu de la présente loi* ; et, d'autre part, par l'art. 14, l'aggravation de peine qui doit découler de cet état [1]. » L'article 200 du Code forestier et la loi du 19 août 1825, art. 29 et 31 sur la pêche fluviale contiennent des dispositions analogues.

L'art. 43 de la loi du 5 juillet 1844, sur les contrefaçons industrielles, est ainsi conçu : « Dans le cas de récidive, il sera prononcé, outre l'amende portée aux art. 40 et 41, un emprisonnement d'un mois à six mois. Il y a récidive lorsqu'il a été rendu contre le prévenu, dans les cinq années antérieures, une première condamnation pour un des délits prévus par la présente loi. » Il faut donc, pour qu'il y ait récidive, dans le système de cette loi spéciale comme dans la loi de la chasse et la loi forestière, la double condition de l'identité des deux délits et de leur perpétration dans l'intervalle d'un délai déterminé.

L'art. 4 de la loi du 27 mars 1851, sur les fraudes dans la vente des marchandises, porte : « Lorsque le prévenu convaincu de contravention à la présente loi, ou à l'art. 423 du Code pénal aura, dans les cinq années qui ont précédé le délit, été condamné pour infraction à la présente loi ou à l'art. 423, la peine pourra être élevée jusqu'au double du maximum, sans préjudice de l'application, s'il y a lieu, des articles 57 et 58 du Code pénal. » Cette disposition place encore, à côté de la récidive du droit commun, une récidive spéciale fondée sur l'identité des délits et leur perpétration dans les cinq ans.

1. Cass., 21 avril 1855, Bull. n. 135 ; 22 janv. 1824, Bull. n. 11 ; 2 février 1832, Bull. n. 36.

On doit placer dans la même exception les délits militaires qui, comme on l'a vu précédemment, ne donnent pas lieu à l'aggravation pénale de la récidive, et les délits purement spéciaux qui, comme les délits de douanes et de contributions indirectes, ne pourraient, à raison de leur caractère exceptionnel, se combiner avec les délits communs pour en aggraver la peine.

232. La récidive prévue par l'art. 58 n'entraîne point une peine d'un autre ordre que celle que le second délit eût encourue sans cette circonstance : l'aggravation consiste uniquement dans la prolongation de sa durée. L'art. 58, identique sur ce point avec l'art. 57, porte : « Les coupables seront condamnés au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. »

Quel est le sens de cette condamnation au *maximum de la peine portée par la loi?* Plusieurs hypothèses peuvent se présenter.

Si la loi pénale ne porte qu'une seule peine, aucune difficulté ne peut exister. Mais il peut arriver qu'elle porte à la fois une peine principale et d'autres peines facultatives ; qu'elle prononce ensemble plusieurs peines principales ; enfin, qu'elle offre à la volonté des juges deux peines alternatives. Dans ces trois espèces, l'élévation de la peine au *maximum* peut donner lieu à quelques difficultés.

233. Le premier cas est celui où la loi prononce à la fois une peine principale et des peines accessoires facultatives. L'art. 401 du Code offre un exemple de ce concours de pénalités : comme peine principale, il inflige au prévenu de vol simple l'emprisonnement, et il laisse au juge la faculté d'y ajouter l'amende, l'interdiction des droits civils et la surveillance. Plusieurs tribunaux avaient pensé que le maximum de ces diverses peines devait concurremment être prononcé en cas de récidive : « attendu que le mot *peine* dont se sert l'art. 58 est complexe dans sa signification, et comprend à la fois toutes les dispositions répressives qui doivent être appliquées à l'individu reconnu coupable ; que la peine portée en l'article 401 se compose de quatre dispositions différentes : que le législateur, en prononçant contre le coupable en état

de récidive *le maximum de la peine* portée par la loi, a nécessairement entendu que les tribunaux seraient tenus de prononcer le *maximum* des quatre éléments de répression mentionnés en l'art. 401 [1]. »

Cette doctrine n'est point justifiée par le texte de la loi. L'art. 58 ne prononce que le *maximum de la peine portée par la loi*, et non *de toutes les peines* que la loi a pu mettre à la disposition du juge ; et cet article entend si peu cumuler nécessairement ces peines, qu'il ajoute : « *Ils* (les condamnés) *seront* DE PLUS *mis sous la surveillance.* » D'un autre côté, l'art. 401 renferme deux ordres de peines : les unes *principales*, que le juge est obligé de prononcer, c'est l'emprisonnement, et en certains cas l'amende ; et les peines *accessoires*, qu'il a la faculté d'appliquer ou de ne pas appliquer : telles sont la surveillance et l'interdiction des droits civiques. Or, cette distinction importante a-t-elle été effacée par l'art. 58 ? Ces dernières peines cessent-elles d'être facultatives parce que le prévenu est en état de récidive ? Il faudrait une disposition formelle pour dépouiller les tribunaux d'une latitude salutaire pour l'application de ces peines accessoires, et cette disposition n'existe pas ; cette latitude, qui tend d'ailleurs à alléger le sort des condamnés, doit donc être conservée. Telle est, au surplus, la jurisprudence de la Cour de cassation, fondée sur les termes précis de l'art. 58 [2]. On peut donc considérer comme une règle que, lorsque la loi prononce à la fois une peine principale et des peines accessoires facultatives, les juges ne sont tenus d'appliquer le *maximum* que de la peine principale.

234. Le deuxième cas est celui où la loi a prononcé cumulativement plusieurs peines ; nous citerons pour exemple les art. 410 et 411 du Code. Dans l'espèce de ces articles, l'amende

1. Arr. Paris, 23 sept, 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 231 ; Douai, 24 fév. 1832, Journ. du dr. crim. 1832, p. 66. — V. aussi M. Merlin, v° Récidive, t. 15, add.; et Cass., 26 fév. 1835, Bull. n. 65 ; Journ. du dr. crim., 1835, p. 214, art. 1608 ; 30 juill. 1847, Bull. n. 107.

2. Cass., 10 sept. 1813, Bull. n. 210 ; 10 fév. 1827, Bull. n. 37 ; 14 fév. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 192 ; 19 avril 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 127.

et l'emprisonnement sont des peines également principales; la récidive les élève donc à la fois au *maximum* [1].

La troisième hypothèse, enfin, est celle où la loi prononce deux peines, mais en laissant aux tribunaux la faculté de n'en appliquer qu'une seule. Telle est la disposition de l'art. 311, qui porte que les blessures ou les coups seront punis d'un emprisonnement et d'une amende, ou *de l'une de ces deux peines seulement.* Les tribunaux conservent, au cas de récidive, la faculté de n'appliquer qu'une peine, pourvu qu'ils l'élèvent au maximum; s'ils les appliquent à la fois, ils ne sont tenus d'élever au maximum que l'une d'elles [2].

1. ** Cass., 15 sept. 1881 ; Bull. n° 218.

2. ** Nous avons supprimé les développements du texte relatifs à l'application de la récidive en matière de délits de presse, la question étant aujourd'hui tranchée par l'article 63 de la loi du 29 juill. 1881, ainsi conçu : « L'aggravation des peines résultant de la récidive ne sera pas applicable aux infractions prévues par la présente loi. »

Faisons observer, avant de quitter ce chapitre, que, lorsque le juge s'est fondé, pour prononcer l'aggravation sur un état de récidive qui n'existait pas légalement, il y a nullité encore bien que la même peine eût pu être prononcée par suite de l'appréciation des circonstances de la cause et de la gravité du fait. La jurisprudence est constante sur ce point. V. not. Cass., 26 févr. et 13 août 1880 ; Bull. n°s 47 et 165.

CHAPITRE XI.

DE LA TENTATIVE.

(Commentaire des art. 2 et 3 du Code pénal).

238. De la responsabilité qui pèse sur les auteurs des crimes et des délits. De la gradation des peines suivant la valeur des actes.
239. De la tentative des actions punissables.
240. Disposition de la loi romaine sur la tentative des crimes et délits.
241. Dispositions de notre ancienne législation.
242. Lois de 1791 et du 22 prairial an IV.
243. Principes et discussion du Code pénal sur la tentative.
244. Esprit de la loi du 28 avril 1832 sur cette matière.
245. Principes théoriques de la répression en matière de tentative. Des actes internes.
246. Distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution. Si les actes préparatoires peuvent être réprimés.
247. Des actes d'exécution. Ce qui constitue le commencement d'exécution.
248. La tentative doit-elle être punie de la même peine que le crime consommé ? Opinion des publicistes.
249. Motifs d'une atténuation dans la pénalité. Exemples tirés des législations étrangères.
250. Le système des circonstances atténuantes ne suffit pas pour tenir compte de la criminalité de la tentative.
251. Du délit manqué. Caractère de ce fait.
252. Si le délit manqué doit être puni de la même peine que le délit consommé.
253. Cas dans lesquels le délit manqué ne doit être puni que d'une peine inférieure.
254. Texte de l'art. 2. Examen de ce texte.
255. Quels sont les actes qui, d'après la jurisprudence, constituent le commencement d'exécution ?
256. Si l'escalade, l'effraction et les fausses clefs constituent ce commencement d'exécution.
257. Distinction des trois degrés de l'action qui la commencent, l'exécutent et la consomment.
258. La réparation du dommage avant la poursuite atténue le crime, mais ne l'efface pas.
259. Nécessité de constater toutes les circonstances constitutives de la tentative.
260. Exception à l'art. 2.
261. Exception en matière de complot contre la sûreté de l'État.
262. Exception en matière de faux.

263. Exception en matière de corruption, d'avortement, d'attentat à la pudeur.
264. Si, dans une accusation de crime consommé, la question de la tentative peut être posée au jury.
265. Complicité de la tentative. De quelle peine sont punis les complices?
266. De la tentative des délits (art. 3).
267. La tentative des délits ne peut être punie qu'autant qu'elle réunit les conditions prévues par l'art. 2.
268. Quels sont les délits dont la tentative est punie?
269. La tentative des contraventions n'est pas punissable.

---

238. Le développement des règles générales qui dominent l'application des peines a fait l'objet des chapitres précédents. Après avoir remonté aux principes fondamentaux du Code, après avoir recherché le système qui domine ce Code, nous avons dû nous arrêter d'abord à l'examen de son échelle répressive, analyser les degrés qui la composent, en discuter l'efficacité, en suivre les effets. Le mode d'exécution des châtiments, les règles auxquelles leur application est soumise, le principe d'aggravation qu'ils puisent dans une circonstance extrinsèque au délit, la récidive, formaient le complément nécessaire de la théorie des peines.

Une matière nouvelle commence ici. Il s'agit d'apprécier la valeur morale des actions punissables et le degré de responsabilité qu'elles doivent faire peser sur leurs auteurs ; il faut discerner les diverses faces, les nuances multipliées de la criminalité, sonder les mystères de la volonté humaine, tracer la ligne qui sépare la pensée criminelle du crime lui-même, et mesurer la route parcourue par l'agent dans son exécution. C'est la partie du droit pénal la plus élevée et la plus hérissée de difficultés ; c'est aussi celle qui commande l'intérêt au plus haut degré.

Un crime a été commis ; la société effrayée appelle le châtiment ; mais comment graduer ce châtiment dans une juste mesure, puisque la criminalité a mille degrés divers d'intensité ? Ne faut-il pas examiner si l'accusé n'a fait que préparer le crime, s'il s'est arrêté après les premiers actes d'exécution, s'il ne l'a pas consommé, si, complice d'une action commise

en réunion, son rôle n'a été que secondaire, sa participation indirecte, si son jeune âge lui voilait l'immoralité de son action, si l'ivresse troublait son intelligence, enfin, si la contrainte ou la démence paralysait sa volonté, et lui ôtait la responsabilé de ses actes ? La loi, dont la mission est de proportionner la peine à la criminalité, doit prévoir, en formulant ses imputations, chacune de ces circonstances, chacune de ces modifications ; car, si elle en négligeait une seule, la peine qu'elle appliquerait ne serait plus dans les limites de la justice morale. Ce sont ces nuances différentes de la culpabilité que les criminalistes ont distinguées sous les noms de *tentative*, de *complicité*, d'*excuses* ou de faits justificatifs.

239. Nous nous occuperons, dans ce chapitre, de la *tentative*.

Tant qu'une pensée repose dans le sein de l'homme, Dieu seul a le droit de lui en demander compte. Ce n'est que lorsqu'elle se produit au dehors, lorsqu'elle se manifeste par des actes extérieurs, qu'elle tombe sous la juridiction humaine; *Cogitationis pœnam nemo patitur*, a dit Ulpien[1]. Ainsi les résolutions les plus perverses, les plus criminels projets restent libres, tant qu'ils ne sont que des résolutions et des projets.

La loi voudrait vainement les atteindre, son action serait frappée d'impuissance ; ils échappent par leur nature même à la répression. Ce n'est qu'à l'instant où l'homme, qui a conçu cette pensée d'un crime, la manifeste par quelque acte extérieur, que le péril social commence, que la responsabilité devient possible.

Mais ici se présentent les plus graves questions. A quel acte cette responsabilité doit-elle le saisir ? Suffit-il qu'il ait préparé l'accomplissement de son projet ? Faut-il qu'il ait commencé son exécution ? Et quand cette exécution doit-elle être réputée commencée ? Ensuite, la peine doit-elle, souple et progressive, le suivre depuis les premiers actes jusqu'aux actes les plus proches du crime, plus élevée à mesure qu'il avance près du but ; ou doit-elle, inflexible et sans degrés, n'avoir qu'un seul

1. L. 18, Dig. de pœnis.

niveau pour les premiers actes d'exécution et pour les actes les plus avancés ; pour la tentative et pour le crime consommé ; pour le crime dont l'exécution, bien que consommée, a été manquée, pour celui qui a rassasié son auteur des criminelles jouissances qu'il avait convoitées ?

Telles sont les premières difficultés qu'offre cette matière. C'est à l'histoire du droit pénal que nous demanderons d'abord quelques lumières pour éclaircir nos solutions.

240. La loi romaine ne possède qu'un petit nombre de textes sur la tentative des crimes, et ces textes paraissent contradictoires : il semble d'abord qu'elle ait voulu, par une règle absolue, assimiler la tentative au crime, et lui appliquer dans tous les cas la même peine. On cite dans ce sens ce texte de la loi *Cornelia de sicariis : Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandum* [1]. Mais il est visible que des blessures faites avec intention de tuer constituent plus qu'une simple tentative, et dès lors cette loi n'appartient point à notre matière. On cite encore ce fragment d'Ulpien : *Qui eâ mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id posteà domino reddidit, fur est* [2]. Mais ici encore il ne s'agit point d'une tentative, mais bien d'un vol consommé ; le repentir de l'agent ne peut détruire le fait ; et cependant Godefroy ajoute, comme un commentaire de ce texte : *Sed si statim eum pœniteat, videtur absolvendus* [3]. Toutefois il existe un texte plus explicite : *Is qui cum telo*, porte la loi *Cornelia de sicariis, ambulaverit, hominis necandi causâ, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliæ de sicariis pœnâ coercetur* [4]. Voilà une assimilation complète, non-seulement d'une tentative, mais d'un simple acte extérieur, au crime cousommé : ce texte est aussi formel qu'il est sévère, il n'admet aucun doute ; mais faut-il y lire l'expression d'une règle générale ? Faut-il plutôt n'y voir qu'une exception nettement formulée ?

1. L. 1, § divus, Dig. ad leg. Cornel. de sicariis.
2. L. 65, Dig. de furtis.
3. D. Godefroy, in loc. sup. cit.
4. L. 7, Cod. ad leg. Cornel. de sicariis.

Nous pencherions pour cette dernière opinion. *Eventus spectetur* [1], telle est la règle générale du droit; aussi la loi romaine gradue-t-elle, dans certains cas, la peine suivant que le crime n'a été que commencé, ou qu'il a été accompli : *Perfecto flagitio punitur capite, imperfecto in insulam deportatur* [2]. Enfin, un texte semble établir ce principe avec la plus grande netteté : *Qui furti faciendi causâ conclave intravit, nondùm fur est, quamvis furandi causâ intravit*; *quid ergo? quâ actione tenebitur? Utique injuriarum, aut de vi accusabitur* [3]. Cette distinction claire et précise sépare évidemment les actes d'exécution qui constituent la tentative, du crime consommé ; il semble donc qu'on peut conclure de ces textes que les jurisconsultes romains distinguaient, en général, pour en varier la peine, le crime commencé et le crime accompli, et qu'à l'égard de l'assassinat seulement et des crimes atroces, la tentative était punie comme le crime même [4].

241. Telle est aussi l'interprétation que les docteurs paraissent en général avoir donnée à ces lois. Farinacius, après avoir insisté sur les hautes difficultés qui environnent cette matière par suite de la diversité des textes et des opinions des jurisconsultes, *propter varia jura et varias doctrinas*, essaye toutefois de poser quelques principes [5].

Le premier est la punition de la simple tentative : *conatus punitur etiam effectu non sequuto*; mais la peine était proportionnée à la gravité des actes accomplis. Les docteurs distinguent les actes les plus éloignés et les plus voisins du crime, *remotus actus* et *proximus*. L'acte éloigné n'était puni que d'un faible châtiment, parce que *in actu remoto potest esse*

1. L. 16, § 8, Dig. de pœnis.

2. L. 1, Dig. de extraord. crim.

3. L. 21, § 7, Dig. de furtis. V. encore L. 19, Dig. de leg. Corn. de falsis; L. 5, C., de episcop. et cler., L. 1, Dig. de ext. crim. V. aussi Carmignani, t. 2, p. 303 et 317; Poggi, Elem. jur. crim., t. 4, cap. 1, § 6; Savigny, Dissert. inaug. jurid. de concursu delict.

4. V. sur le sens des lois romaines en matière de tentative une intéressante étude de M. Humbert, Recueil de l'académie de Toulouse, t. XI, p. 406.

5. Praxis et theoricæ crim. pars quarta : de homicidio, quæst. 124.

spes pœnitendi quæ non est in proximo[1]. L'acte prochain est défini *ultimus actus qui à delinquente agendus est ad criminis perfectionem*. Dans les crimes atroces, cette tentative était punie comme le crime même : *De jure communi*, dit Tiraqueau, *conatus proximus delicto æquè puniatur in atrocioribus, ac si delictum fuisset consummatum*[2]. Mais, dans les autres crimes, l'acte prochain n'était frappé que d'une peine inférieure ; Farinacius l'affirme dans les termes les plus formels : *Non eadem pœna, sed mitior et extraordinaria imponenda etiam quod fuerit deventum ac actum proximum, est de mente omnium*[3]. Et cette règle avait été déjà établie par Tiraqueau, qui en donne un juste motif : *Nam quod delictum attentatum habeatur pro consummato, non est secundùm rerum naturam atque veritatem, sed ex fictione*[4].

Ces règles simples, dans lesquelles se résument d'immenses controverses, formaient le droit commun sous l'ancienne législation [5]. Les crimes atroces de leur nature, dont la tentative était punie comme le crime même, étaient ceux de lèse-majesté, d'assassinat, de parricide et d'empoisonnement ; dans les autres cas, la jurisprudence des cours avait établi des peines plus douces [6], On ne trouve, au reste, que deux textes dans cette législation qui s'appliquent à la tentative : l'un est un capitulaire de Charlemagne : *Qui hominem voluntariè occidere voluerit et perpetrare non potuit, homicida tamen habeatur*[7]. Ce texte ne fait que reproduire la disposition de la loi romaine relative à l'assassinat. L'autre texte est l'art. 195 de l'ordonnance de Blois, qui défend de donner aucune lettre d'abolition « à ceux qui à prix d'argent ou

1. Quæst. 124, n. 40.
2. De pœn. temp. aut remitt., p. 150.
3. Quæst. 124, n. 9.
4. De pœn. temp. remitt., p. 153.
5. Jousse, Traité de just. crim., t. 3, p. 638; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 13.
6. Jousse, Traité de just. crim., t. 3, p. 638 ; Muyart de Vouglans, Lois crim., p. 13.
7. Cap. Carol. Magn., l. 7, c. 151.

autrement se louent ou s'engagent pour tuer ou outrager, ni à ceux qui les auront loués ou induits pour le faire, *encore qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat et que l'effet ne s'en soit ensuivi.* » L'art. 4 du tit. 16 de l'ordonnance de 1670 a reproduit presque textuellement cette disposition.

242. Le Code pénal de 1791 n'avait prévu que les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement, et la peine était celle du crime consommé [1] ; mais il faut remarquer que ces deux crimes étaient du nombre des crimes *énormes*, auxquels l'ancienne législation appliquait le même principe. La loi du 22 prairial an IV étendit cette régle à tous les crimes ; elle est ainsi conçue : « Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu. » On doit distinguer dans cette loi la définition de la tentative et de la pénalité ; la définition est précise et ne peut que donner une idée nette des actes nécessaires pour constituer une tentative ; l'application absolue et générale d'une même peine aux actes qui commencent l'exécution et à l'exécution même du crime, peut seule être contestée.

243. Aussi, lors de la discussion du Code pénal de 1810, la définition fut exactement maintenue, mais l'inflexibilité de la peine fut attaquée dans le sein du Conseil d'État. On soutint que les peines devaient être proportionnées aux fautes ;

1. Art. 13 (2e part., tit. 2). L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée. — Art. 15. L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'art. 12, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille... — Art. 16. Si toutefois, avant l'empoisonnement effectué, ou avant que l'empoisonnement des aliments et breuvages ait été découvert, l'empoisonneur arrêtait l'exécution du crime, soit en supprimant lesdits aliments ou breuvages, soit en empêchant qu'on en fasse usage, l'accusé sera acquitté.

qu'il était injuste de châtier celui qui, dans un moment de passion ou d'erreur, s'est porté au crime et a été arrêté, comme celui qui l'a effectivement consommé ; que le commencement d'exécution devait sans doute être puni, lorsque son auteur ne s'est pas arrêté volontairement, mais qu'il ne serait pas toujours juste d'infliger au coupable une peine aussi sévère que si le crime avait été consommé [1]. M. Treilhard répondait à ces réclamations « que, d'après le texte de l'article, la tentative de crime n'est pas punie, lorsque l'exécution a été suspendue par la volonté de l'auteur ; que c'est tout ce qu'on peut accorder ; que la loi ne ferme pas le chemin au repentir. Que celui qui s'arrête au moment de commettre un crime ne soit pas puni : la justice le veut, l'intérêt de la société l'exige ; car ce serait en quelque sorte pousser au crime, que de réserver le même sort à celui qui n'achève pas et à celui qui passe outre. Mais quand l'exécution n'est suspendue que par des circonstances étrangères à sa volonté, le coupable a commis le crime autant qu'il lui est possible, et les lois, même les plus anciennes, lui en ont fait porter la peine. » Le Conseil d'État arrêta, d'après ces observations, que la rédaction de la loi du 22 prairial an IV serait reproduite dans le Code ; toutefois, M. Treilhard ayant ajouté qu'il ne s'opposait pas à ce que, dans les crimes les moins graves, la tentative ne fût punie qu'au *minimum*, le Conseil d'État posa en principe que la tentative ne serait punie des mêmes peines que le crime que dans les cas déterminés par la loi [2]. Mais cette décision ne fut appliquée, par la section chargée de la rédaction, qu'aux délits correctionnels [3].

244. La loi du 28 avril 1832 n'a apporté à cette règle absolue aucune modification. La question fut cependant soulevée dans le sein de la commission de la Chambre des députés, et le rapport de cette commission la résout en ces termes : « Qu'im-

1. MM. Corvetto, Defermon et le comte Bérenger, procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 4 oct. 1808 ; Locré, t. 29, p. 103 et 105.

2. Procès-verbaux du Conseil d'État, séance du 4 oct. 1808, Locré, t. 29, p. 107.

3. V. *infrà*.

porte que la loi égale dans tous les cas la tentative à l'exécution, quoique, dans l'opinion commune, la gravité d'un crime se mesure en partie aux résultats qu'il a produits, si l'admission des circonstances atténuantes permet au jury de tenir compte à l'accusé du bonheur qu'il a eu de ne pouvoir commettre son crime ? » Ainsi, la commission n'a laissé le principe debout que parce que le système des circonstances atténuantes donnait les moyens d'en corriger l'application. Et c'est ce même motif qui fit rejeter un amendement présenté pendant la délibération, et qui portait que toute tentative serait punie *de la peine immédiatement inférieure à celle que l'auteur aurait encourue, s'il eût consommé son crime*. Enfin le rapporteur de la Chambre des pairs reproduisit cette observation : « Quelques personnes ont pensé que la tentative de crime ne devait être punie que de la peine inférieure à celle appliquée au crime même. Votre commission n'a pas partagé cet avis. La perversité est la même dans les deux cas, et les pouvoirs nouveaux accordés aux jurés leur donnent la possibilité d'établir les différences morales qui pourront se rencontrer entre le crime accompli et la simple tentative. »

245. Tels sont les principaux monuments qui se rattachent à cette matière. Reprenons maintenant les différents principes qui viennent de passer sous nos yeux, en essayant de discerner ceux qui sont avoués par l'expérience et la raison.

Les criminalistes ont distingué dans la tentative les actes internes, les actes extérieurs simplement préparatoires, les actes d'exécution, et enfin l'exécution elle-même quand elle est suspendue ou manquée.

Les actes internes sont le désir, la pensée, la résolution même arrêtée de commettre un crime. Nous avons déjà dit que cet acte purement moral n'est pas du ressort de la justice humaine. Et, en effet, quelque certaine que puisse être la volonté criminelle, un immense intervalle sépare le moment où elle se forme et celui où elle s'accomplit ; elle peut se laisser ébranler par un obstacle, intimider par un péril, vaincre par un repentir. La loi ne peut atteindre une résolution qui va se rétracter, un projet qui peut s'évanouir. Ce n'est que lorsque l'exécution leur imprime un caractère de certitude irrévocable

et de dommage réel qu'elle peut proclamer un crime et le punir. Et puis les moyens d'action manqueraient à la justice pour frapper la résolution criminelle. Elle ne peut sonder les consciences et incriminer la pensée ; elle ne marche qu'en s'appuyant sur des actes extérieurs. Comment remonter jusqu'à la pensée, jusqu'à l'acte interne ? Comment baser une condamnation sur des conjectures ? La pensée est libre, elle échappe à l'action matérielle de l'homme ; elle peut être criminelle, elle ne saurait être enchaînée [1].

246. Les difficultés ne commencent qu'au moment où l'auteur de la résolution criminelle l'a manifestée par des actes extérieurs. Les actes extérieurs qui ont pour but la perpétration d'un délit ou sont simplement préparatoires, ou sont des actes d'exécution.

Les actes purement préparatoires ont pour objet de faciliter l'accomplissement de la pensée criminelle ; mais ils précèdent l'exécution même du crime, ils ne le commencent pas : tel est le fait de marcher avec un poignard ou de se munir d'une fausse clef. Ces actes peuvent toujours s'expliquer de différentes manières. Leur liaison avec une résolution criminelle n'est pas nécessaire et immédiate ; ils peuvent la faire supposer, ils ne la prouvent pas. On ne peut les rattacher à un délit déterminé qu'à l'aide de présomptions hasardées, de fragiles conjectures ; ils ne peuvent donc servir de base à une pénalité : il y a trop de distance encore entre ces actes et l'action accomplie pour supposer que l'agent eût franchi cette distance sans s'arrêter, et pour établir une peine sur cette fiction. Quelques législateurs l'ont osé cependant. L'ancien Code prussien punissait les *préparatifs* du crime, alors même qu'ils ont été interrompus par accident. A la vérité, les limites qui séparent les préparatifs du commencement d'exécution sont loin d'être toujours précises : nous examinerons plus loin plusieurs difficultés qui se rattachent à cette distinction ; mais

1. ** Le Code pénal russe est le seul qui punisse la simple résolution : « Quiconque manifeste de vive voix, par écrit ou par un acte quel qu'il soit, l'intention de commettre un délit, est punissable *pour cette intention coupable*, du moins dans les cas prévus par la loi (art. 111).

ces difficultés ne sauraient mettre en doute ce principe, que les actes purement préparatoires ne peuvent être l'objet de la loi pénale, parce qu'ils sont une base trop fragile pour l'imputation de la résolution criminelle, parce qu'il importe que l'agent n'ait pas intérêt à les couvrir d'un voile trop épais, parce qu'enfin la loi doit supposer le repentir et ne pas le repousser.

Cependant la société peut assurément incriminer certains actes préparatoires, lorsqu'ils menacent sa sûreté ; mais ces actes ne peuvent alors être punis que comme délits particuliers, d'après leur valeur intrinsèque, et abstraction faite des crimes qu'ils avaient pour but de préparer. Ainsi, et pour nous servir de l'exemple cité par la loi romaine, l'agent qui a brisé une barrière pour voler, et qui tout à coup a changé de volonté ou a été contraint de s'éloigner, peut être poursuivi, mais seulement à raison de cet acte de violence, et non pour vol. C'est d'après cette règle que les lois pénales ont incriminé les menaces, le complot, le port et la détention de certaines armes, les amas de poudre de guerre, etc. Le vagabondage, la mendicité, les maisons de jeu, les attroupements peuvent également être considérés comme de véritables actes préparatoires de délits plus graves, et cependant sont punis comme des délits *sui generis*.

247. Restent les actes d'exécution ; ceux-là seuls révèlent suffisamment à la justice l'intention de commettre un crime, ceux-là seuls causent un trouble, ceux-là seuls constituent une tentative punissable ; en effet, tout crime se compose d'un ensemble d'actes qui concourent au même but ; or, ce n'est que lorsqu'un de ces actes est accompli qu'il y a tentative ; car la tentative est le commencement d'exécution. Jusque-là la pensée de l'agent est incertaine ; elle peut reculer devant l'exécution ; mais si l'exécution est commencée, cette présomption cède à une autre présomption, c'est qu'il l'eût achevée, si quelque cause accidentelle ne l'eût troublé.

C'est sur cette dernière présomption qu'est assise la peine ; car, s'il y avait impossibilité pour l'agent de se désister, d'interrompre le crime, ce ne serait plus une simple tentative, mais un crime consommé. La possibilité d'un désistement vo-

lontaire est de l'essence de la tentative. Si ce désistement a lieu par la seule volonté du coupable, la loi ferme les yeux et pardonne, à moins que l'acte d'exécution accompli ne constitue en lui-même un délit *sui generis*. Mais, si cet agent est surpris par un événement fortuit au milieu de son crime, la loi ne peut connaître quel eût été le mouvement de sa volonté dans l'instant qui a suivi cet événement ; peut-être eût-il lui-même suspendu l'exécution du crime, peut-être la crainte ou le repentir l'eussent arrêté ; mais il est certain qu'il avait résolu de commettre un crime, il est certain qu'il avait commencé l'exécution : ces deux actes suffisent pour légitimer la peine ; l'agent ne peut se couvrir de la possibilité d'un regret tardif qui ne s'est point manifesté.

Ainsi, deux caractères essentiels indiquent la tentative qui est punissable : le commencement d'exécution du fait matériel, car jusqu'à cet acte il n'y a point encore de tentative ; la possibilité de suspendre volontairement cette exécution, car, quand cette faculté a cessé d'exister, ce n'est plus une tentative, le crime est consommé. Ces deux caractères ont été exprimés avec beaucoup de netteté dans le Code pénal de 1810. Ce Code ne punit la tentative qu'autant 1° qu'elle a été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution ; 2° qu'elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur. Et de là sortent ces deux conséquences : qu'un acte extérieur accompli en exécution d'une résolution criminelle ne suffit pas pour constituer la tentative, il faut un acte d'exécution ; et que la tentative peut toujours être suspendue par la volonté de l'auteur. Ce sont les deux principes que nous venons de poser ; ces principes, méconnus par quelques lois romaines, avaient cependant, ainsi qu'on l'a vu plus haut, triomphé par la haute raison dont ils sont empreints, dans la pratique et dans la science. Les docteurs ne reconnaissaient point de tentative, à moins que son auteur ne fût arrivé à l'acte d'exécution le plus voisin du délit, *actus proximus facto principali* [1], et cette tentative n'était punissable que lorsqu'elle

1. V. Farinacius, quæst. 124, et Tiraqueau, p. 150.

avait été suspendue *casu aliquo* [1]. Au reste, la définition de notre Code a été adoptée par la plupart des législateurs étrangers : on la retrouve textuellement dans le Code pénal belge, art. 51, dans le Code du Brésil et dans le Code pénal italien ; on le retrouve encore, quoique en d'autres termes, dans les statuts de New-York, qui ne punissent la tentative qu'autant que le coupable a fait quelque acte d'exécution [2] ; enfin, dans le Code pénal d'Autriche, qui « n'incrimine le même fait qu'autant que le malintentionné entreprend une action tendant à l'exécution effective du crime, et pourvu qu'il soit seulement interrompu dans l'accomplissement par impuissance, par un obstacle indépendant de sa volonté, ou par cas fortuit » ; et dans le Code pénal de l'Allemagne, qui ne punit la tentative que « lorsque l'auteur a manifesté l'intention de commettre un crime ou un délit par des actes constituant un commencement d'exécution de ce crime ou de ce délit, si ce crime ou ce délit n'a pas été accompli. »

248. Tels sont les termes où se résout la première question qui a été posée au commencement de ce chapitre. Une difficulté beaucoup plus controversée est relative à la quotité de la peine dont la tentative est passible.

Nous avons vu cette difficulté prendre naissance dans les lois romaines elles-mêmes, partager les jurisconsultes, et se résoudre par l'atténuation de la peine à l'égard de la tentative des crimes qui n'étaient pas réputés énormes. Nous avons suivi ce principe d'atténuation à travers l'ancienne législation, et nous l'avons retrouvé essayant vainement de se produire, soit au sein du Conseil d'État, en 1808, soit dans la Chambre des députés dans les délibérations de 1832. Il faut apprécier la valeur de ce principe et des objections qui lui ont été opposées.

Beccaria proclamait cette distinction dans la peine : « Quoique les lois, disait ce publiciste, ne puissent pas punir l'intention, ce n'est pas dire pour cela qu'une action par laquelle

1. Paul, Sentent., l. 5, tit. 23, § 3.
2. « In such attempt shall do any act towards the commission of such offence. » Revised statutes of the state of New-York, t. 7, § 3.

on commence un délit, et qui marque la volonté de l'exécuter, ne mérite aucune peine, quoique moindre que celle qui est décernée contre le crime mis à exécution. Une peine est nécessaire, parce qu'il est important de prévenir même les premières tentatives des crimes ; mais, comme entre ces tentatives et l'exécution il peut y avoir un intervalle de temps, il est bon de réserver une peine plus grande au crime consommé, pour laisser à celui qui a commencé le crime quelques motifs qui le détournent de l'achever [1]. »

Cette opinion n'a point été adoptée par Filangieri. Suivant l'avis de ce dernier publiciste, la tentative, c'est-à-dire la volonté de violer la loi, manifestée par l'action que prohibe la loi même, doit être punie comme le crime consommé. « Le coupable, dit-il, a montré toute sa perversité ; la société en a reçu le funeste exemple. Quel que soit le succès de l'attentat, les deux motifs de punir n'en existent pas moins. La même cause doit donc produire le même effet, c'est-à-dire l'égalité de la peine [2]. » Tous les criminalistes qui ont écrit depuis Filangieri se sont unanimement attachés à combattre cette doctrine : en Italie Carmignani [3] ; en Allemagne Feuerbach, Mittermaier [4], Weber [5] et Bauer [6] ; en France Legraverend [7], Carnot [8], Rossi [9], ont soutenu avec la même conviction que la tentative du crime, suspendue par un fait indépendant de la volonté de son auteur, ne doit être punie que d'une peine inférieure au crime consommé [10].

249. Des raisons puisées dans une saine appréciation du fait de la tentative justifient complétement cette doctrine. La

1. Des délits et des peines, éd. de 1856, p. 80.
2. Science de la législ., ch. 1er, t. 4, p. 174.
3. Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, cap. 15.
4. Journ. crit. de législ. gén. de jurisp. étr., t. 4.
5. Archives du droit criminel.
6. Motifs du projet de Code pénal du Hanovre.
7. Traité de législ. crim., t. 1er, ch. 2, p. 220.
8. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 11.
9. Traité de droit pénal, t. 2, p. 321.
10. Le Code chinois, sect. 269, dit que toute personne qui sera prise essayant de voler sera punie de cinquante coups de bambou.

tentative est suspendue par un événement fortuit ; mais sans cet événement le crime aurait-il été consommé ? La loi peut le supposer, mais ce n'est qu'une induction. Le coupable était sur la route du crime, mais il pouvait s'arrêter. Pourquoi penser qu'un remords ne serait pas venu se placer devant ses pas, lorsqu'il eût approché du terme, lorsqu'il eût aperçu le crime face à face ? Pourquoi douter de la possibilité du repentir ? Le législateur ne doit pas craindre d'inscrire dans la loi l'espoir d'une impression morale et religieuse, instantanée et triomphante, et cette seule pensée suffirait pour motiver l'atténuation de la peine.

Il est ensuite de l'intérêt même de la société d'échelonner les châtiments ; car il est de son intérêt de prévenir les crimes. Les châtiments gradués sont comme des barrières qui s'élèvent incessamment devant les pas du coupable : il a franchi la première, mais à chaque pas une peine plus terrible le menace ; ses craintes toujours croissantes peuvent l'arrêter et laisser inachevé le crime qu'il avait projeté. C'est le motif donné par Beccaria : « Il est bon de réserver une peine plus grande au crime consommé, pour laisser à celui qui a commencé le crime quelques motifs qui le détournent de l'accomplir. »

Enfin, le législateur doit prendre en considération l'inexécution du crime. « Nous pensons, a dit M. Rossi, que le sens commun et la conscience publique ont constamment tenu le même langage : le délit n'a pas été consommé, donc la punition doit être moindre. Il ne faut pas faire monter également sur l'échafaud l'assassin dont la victime gît dans la tombe, et celui dont la victime désignée, grâce à l'interruption de la tentative, se trouve peut-être au nombre des spectateurs de son supplice [1]. » On rencontre la même réflexion dans les observations des Cours d'appel sur le projet du Code pénal de 1810 : « Quelque aggravantes qu'on puisse imaginer les circonstances du crime, la société a moins à s'en plaindre lorsqu'il n'y a point eu de sang de répandu, que lorsqu'elle a perdu, par le crime même, un des membres

1. Traité de droit pénal, t 2, p. 321.

qui la composent. En ce dernier cas, le crime est consommé, il ne l'est point dans l'autre ; et, quoiqu'on puisse dire qu'il l'était dans la volonté manifeste du coupable, toujours est-il vrai que la consommation réelle du crime laisse bien loin derrière elle toute l'atrocité imaginable des tentatives [1]. » La loi, en effet, a deux éléments pour graduer la peine : l'intention criminelle, et l'événement du crime, c'est-à-dire le dommage et l'alarme qu'il produit. Or, ce dernier élément ne se rencontre pas dans les simples tentatives, ou du moins ne s'y trouve qu'à un moindre degré ; la loi doit donc en tenir compte au prévenu. Son crime n'a produit aucun dommage réel ; il n'a pas obtenu les jouissances criminelles qu'il recherchait ; le péril social n'a été que secondaire, la répression doit donc être moins forte. La conscience publique ellemême n'appelle pas la même expiation ; et de là tant de verdicts d'acquittement que la loi eût évités en échelonnant les peines, et que le jury n'hésite pas à prononcer lorsqu'il entrevoit le terrible niveau qui soumet au même châtiment la tentative et crime consommé.

Au reste, ce principe d'atténuation de la peine en faveur de la tentative a reçu la sanction presque unanime des peuples modernes. Les Codes d'Autriche, du Brésil, de la république de Bolivia, le posent en termes formels. Le Code de l'Allemagne pose nettement en principe que « la peine de la tentative est moindre que celle du crime ou du délit consommé (art. 44) ». La loi hongroise mesure également le châtiment sur la gravité des actes accomplis [2]. Les statuts de l'État de New-York et le Code de l'État de Géorgie imposent une pénalité graduée ; si le fait tenté est puni de mort, la tentative est punie de dix ans d'emprisonnement ; si le fait tenté est passible d'emprisonnement, la moitié de la peine doit être

1. Observations de la Cour d'appel de Rennes, p. 13 et 14.

2. Quo agens majus et gravius jus pro objecto suæ læsionis posuit, eo major debet esse pœna. Quo major aderat probabilitas delictum consummandi, eo major debet esse pœna ; major pœna conatum proximum, quam conatum remotum, seu delictum inchoatum. Vuchetich, Inst. jur. hungar (p. 135).

appliquée à la tentative. Le Code de la Louisiane, qui a banni la peine de mort de la catégorie de ses pénalités, pose une règle plus absolue : la moitié de la peine dont est passible le fait tenté est applicable à la tentative [1]. Le Code pénal belge dispose (art. 52) que « la tentative du crime est punie de la peine immédiatement inférieure à celle du crime même ». Les lois pénales de Malte ont adopté la même solution (art. 68). Enfin le Code pénal italien prononce la même peine pour le crime consommé et le crime manqué, et diminue la peine de deux ou trois degrés quand le crime ou le délit est seulement tenté [2].

250. Nos lois sont donc les seules qui aient établi et maintenu un nivellement injuste. Le législateur a senti cette injustice ; il a voulu en corriger les effets, et il s'est confié au système des circonstances atténuantes. Il nous semble que c'est entièrement détourner ce système de son but que de l'employer à rectifier les incriminations de la loi. Quel est ce but ? C'est d'établir des différences dans la punition des faits qui, enveloppés dans le Code dans une même incrimination générique, sont loin de présenter une valeur identique, soit dans la détermination morale de l'acte, soit par les maux privés qu'ils produisent, soit par les dangers qu'ils font courir à l'ordre social. Ces circonstances ne sont pas des accessoires du fait principal ; elles sont une partie essentielle de ce fait lui-même, elles déterminent son degré d'immoralité. Un vol est moins criminel parce que le coupable n'a pas eu pleine conscience de son crime. parce qu'il a été séduit, entraîné, parce qu'il a fait des aveux, témoigné du repentir, essayé une réparation. Comment détacher du fait principal ces circonstances ? comment les préciser dans leur variabilité ? Ce sont des exceptions, des cas extraordinaires qui modifient la règle. Peut-on ranger dans cette classe la question relative à la pé-

1. He shall suffer one half of the punishment to which he would have been sentenced if he had comprehended the whole, art, 47.

2. * * On trouve une distinction analogue dans le Code suédois, dans le Code danois, dans le Code du Mexique, dans celui du Grand-Duché de Luxembourg et même dans le Code pénal russe (art. 114).

nalité de la tentative ? Mais cette question est une circonstance nécessairemment accessoire de toute tentative ; c'est une question de droit, un problème de la législation. Il s'agit de poser une règle, et non d'apprécier un fait ; et le jury n'est juge que des faits, il ne doit pas réformer les lois. Quoi ! cette question, débattue depuis des siècles par les criminalistes les plus célèbres, ce n'est pas le législateur, c'est le jury qui la tranchera ! Mais le jury sera-t-il même averti que, dans ce cas, la non consommation constitue une circonstance atténuante du fait ? Il est évident que ce système, efficace pour réparer l'injuste, mais nécessaire nivellement de toute la loi pénale, est à la fois inhabile à corriger les vices et les lacunes de cette loi. C'est à la loi elle-même à poser les principes, à graduer les peines, à établir les incriminations; au jury, à différencier les espèces qui viennent se grouper sous chaque règle : mais il ne faut pas confondre la mission de l'un et de l'autre. Toutes les fois que la même circonstance est inhérente aux faits d'une même classe, elle modifie ces faits dans leur essence, elle doit faire l'objet d'une règle générale : le jury ne procurera qu'imparfaitement et capricieusement ce qu'une loi sage aurait donné avec prudence et d'une manière durable.

251. L'examen d'une question grave nous reste encore. Nous avons vu que la tentative existe dès qu'il y a commencement d'exécution, et qu'elle cesse dès que le crime est consommé. Entre ces deux termes extrêmes de l'entreprise criminelle, on peut marquer différents degrés : c'est ainsi que la loi romaine avait puni de peines diverses l'acte éloigné et l'acte prochain, et c'est ainsi que la loi hongroise semble reconnaître trois délits dans la tentative, passibles de châtiments différents. Il est évident, en effet, que plus le coupable approche de la consommation, plus son crime acquiert de gravité. Mais le législateur doit-il donc établir des échelons dans la peine selon les progrès de la tentative ? Il ne doit indiquer que les degrés qu'il peut constater avec certitude et précision ; les nuances intermédiaires rentrent dans le domaine du jury, car elles appartiennent au fait.

Les deux degrés les plus distincts sont la *tentative* et le

délit manqué. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la tentative ; nous devons examiner sous quel rapport le délit manqué en diffère, quelle place il occupe dans notre code, et de quelle peine, en général, il doit être frappé.

Il y a *délit manqué* lorsque l'agent a achevé tous les actes qui avaient pour but d'accomplir une action criminelle, mais que cette action n'a pas eu l'effet matériel qu'il attendait. Ainsi un individu décharge une arme à feu sur celui qu'il voulait tuer, mais le coup n'atteint pas la personne, ou cette personne blessée est sauvée par les secours de l'art. Ainsi encore, un homme, pour procurer l'avortement d'une femme enceinte, lui fait avaler un breuvage, mais l'effet de ce breuvage est prévenu par des soins. Dans l'un et l'autre cas, il n'y a pas seulement tentative, car le crime ne peut plus être volontairement suspendu par la volonté de son auteur, il a achevé tous les actes d'exécution ; mais ce crime n'est pas consommé, car une condition essentielle du meurtre et de l'avortement, c'est que la mort ait été donnée, que l'avortement ait eu lieu. Ce résultat n'a pas suivi les faits matériels accomplis dans le dessein de le produire : le crime est manqué.

Ce dégré de la criminalité avait été prévu par la commission de législation du Corps législatif ; elle signalait dans ses observations du 29 décembre 1809 une lacune dans le Code audit article : « Un individu a prémédité d'en tuer un autre ; il lui tire un coup de pistolet, et le manque : il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu. Peut-on le regarder comme compris dans l'art. 2 du Code, relatif à la tentative ? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet, après un degré d'exécution beaucoup plus complet. Il suit de cette observation qu'il faudrait mettre une addition à l'art. 2 du Code pénal ; cette addition consisterait à mettre après les mots : *si elle n'a été suspendue*, ceux-ci : *ou n'a manqué son effet* [1]. » Cette addition

1. Locré, t. 30, p. 447.

fut adoptée par le Conseil d'État [1], et elle a été maintenue dans le Code.

Ainsi, dans l'esprit du législateur, la tentative qui a manqué son effet, c'est le crime manqué. Il a réuni dans le même article et sous le même nom deux actes essentiellement distincts, et leur a appliqué la même peine. De là ces paroles de M, Treilhard, que M. Rossi a appliquées à tort à la simple tentative : « Le coupable a commis le crime autant qu'il était en lui de le commettre, il a donc encouru la peine prononcée par la loi contre le crime. » Et en effet, s'il avait parlé de la véritable tentative, comment eût-il affirmé que l'auteur avait commis le crime autant qu'il était en lui ? Si l'exécution n'était que commencée, n'était-il pas maître de l'interrompre ? M. Rossi s'est évidemment mépris sur le sens de ces expressions, et même sur la portée des termes de l'art. 2. Du reste, la définition du Code est inexacte ; car la tentative qui a manqué son effet n'est plus une tentative, mais bien un crime consommé, dans tous les cas où l'effet matériel du crime n'est pas nécessaire à sa consommation : tels sont le faux, l'incendie, l'empoisonnement.

252. C'est une opinion professée par plusieurs criminalistes, que la loi ne doit pas infliger les mêmes pénalités au crime manqué dans son effet, et au crime dont l'effet a été consommé. En Allemagne, M. de Feuerbach [2], Mittermaier [3], Weber [4], Bauer [5] ; en Belgique, M. Haus [6] ; en France, enfin, M. Rossi [7], ont successivement soutenu cette opinion avec toute la puissance de leur talent.

Leurs motifs peuvent se résumer dans deux arguments principaux. L'auteur du crime manqué n'a pas produit le même préjudice matériel que l'auteur du crime consommé. Cette diversité du résultat doit peser dans la balance de la justice

2. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, Locré, t. 30, p. 462.
1. Traité du droit pénal, t. 2, P. 307.
2. Journ. crit. de législ., t. 4, p. 131.
3. Archives du droit criminel.
4. Motifs du projet de Code pénal de Hanovre.
5. Observations sur le projet du Code pénal belge, t. 1er, p. 64 à 82.
6. Traité du droit pénal, t. 3, p. 10.

sociale en fixant la mesure de la peine. Le législateur doit avoir égard, non-seulement à la criminalité de l'intention révélée par le délit, mais aussi au mal qui résulte de ce délit pour la société, au dommage et à l'alarme qu'il produit. A la vérité, ajoute M. Rossi, si l'événement n'a pas suivi l'action, c'est l'effet du hasard, et le coupable en profite. Mais dans tous les crimes qui exigent, comme condition légale de leur existence, un certain résultat, le hasard exerce sa puissance; il y a bonne ou mauvaise fortune, et pourquoi l'auteur du crime ne profiterait-il pas, dans une certaine mesure, du bonheur qui a protégé sa victime ?

Cette solution se trouvait déjà dans *les Lois* de Platon : « Si quelqu'un ayant conçu le dessein de tuer manque son coup et ne fait que blesser, il ne mérite ni grâce, ni compassion, ayant blessé dans la vue de tuer, et on pourrait l'accuser en justice comme meurtrier. Néanmoins, par égard pour sa destinée qui n'est point parvenue au comble du malheur, et pour le génie qui, ayant pitié de lui et du blessé, a détourné de celui-ci le coup mortel, et a épargné à celui-là le sort le plus funeste, nous ferons grâce au coupable de la mort, le condamnant seulement à aller vivre dans quelque cité voisine. »

Une seconde considération, que les lignes qui précèdent indiquent déjà, a été produite dans le même système. Il existe, a-t-on dit, un fait constant, général, un de ces faits de l'humanité dont le législateur doit tenir compte, lors même qu'il ne saurait en trouver une explication suffisante : c'est que les hommes ne confondent pas l'auteur d'un crime manqué avec l'auteur du crime consommé ; c'est que le remords du criminel dont le crime est irréparable est plus cuisant ; la conscience de l'autre s'apaise plus facilement. Or, la loi pénale doit-elle faire abstraction de ce rapport que la conscience humaine paraît reconnaître entre l'événement et l'immoralité de l'agent ? L'expiation ne doit-elle pas se mesurer d'après le sentiment intime ?

165. Reprenons ces deux argumentations. D'abord il est évident, et nul ne l'a nié, que l'auteur du crime manqué dans son effet est aussi coupable aux yeux de la morale que celui dont le crime a été consommé ; car, dans l'un et l'autre cas,

l'action est également consommée dans l'intention de son auteur ; dans l'un et l'autre cas, le repentir n'a point arrêté ses pas, il n'a point hésité à l'instant de l'exécution, le crime s'est accompli ; si l'événement a trahi son exécution, c'est le simple fait d'un hasard. Or est-il vrai que la peine doive fléchir par cela seul que le plomb, par exemple, a rencontré sur le cœur de la victime un obstacle quelconque, un acier protecteur, ou parce que des secours ont arrêté à temps son sang et conservé sa vie ? Le crime est le même ; la différence du châtiment doit-elle se puiser uniquement dans la différence d'un résultat qui a été indépendant de la volonté du coupable? Nous avons éprouvé, nous l'avouerons, quelque étonnement de rencontrer une telle doctrine dans une école spiritualiste qui a l'habitude de prendre dans l'immoralité des actes la base commune de ses incriminations.

La question se réduit à ceci : Le législateur doit-il proclamer comme un fait d'excuse le hasard qui a empêché le crime de réussir ? Mais ne proclamerait-il pas par là même une immoralité ? Car il enseignerait à peser les actions d'après leur résultat matériel seulement, sans prendre souci de l'intention criminelle qui les a dirigées. Le dommage causé par le crime est sans doute un élément de la pénalité, mais c'est lorsque la qualité de ce dommage peut être considérée comme un fait révélateur de la criminalité de l'agent. Il est encore vrai de dire que les hommes ont moins d'horreur pour les mains qui ne sont pas souillées de sang que pour celles qui s'y sont trempées. Mais est-ce donc dans cette impression toute physique que la loi doit puiser les règles de sa répression ? Ce qu'elle doit apprécier, c'est la criminalité telle qu'elle est révélée par les faits et le trouble public qu'ils ont causé ; ce qni doit la déterminer à échelonner ses peines, ce sont les nuances diverses de l'immoralité qui accompagne chaque action criminelle.

Une large distance sépare la tentative et le crime manqué. Là, le coupable est sur la voie du crime, mais il n'est pas encore arrivé jusqu'à la consommation, il a la possibilité de se désister. Ici, plus de désistement possible ; l'agent n'a plus rien à faire pour consommer son crime, l'action criminelle est

achevée. Dans le premier cas, un moment de repentir pouvait encore suspendre l'entreprise et en effacer toute la criminalité ; dans la seconde hypothèse, le crime est indélébile. Voilà l'immense différence qui s'élève entre ces deux crimes. Si le crime manqué ne devait être puni que d'une peine inférieure au crime consommé dans ses effets, une exacte justice exigerait une plus forte atténuation à l'égard de la simple tentative, et la peine devrait descendre alors de deux degrés.

Au reste, il nous paraît que la différence que les criminalistes ont signalée entre le crime manqué et le crime consommé, apparente peut-être dans la théorie, cesserait souvent d'être appréciable dans la pratique. En effet, la limite qui sépare ces deux crimes est presque toujours incertaine et confuse ; prenons pour exemple le meurtre : le crime n'est consommé dans ses effets que par la mort de la personne menacée. Ainsi, lorsque cette personne ne succombe pas, c'est un crime manqué ; mais dans cette hypothèse même que de degrés différents ! Il est possible que le coup n'ait pas porté ; que la balle n'ait fait qu'effleurer la victime désignée ; qu'elle ait été atteinte, mais non mortellement ; qu'elle guérisse complétement, ou qu'elle reste privée d'un de ses membres et condamnée à traîner une vie misérable tronquée par le crime ; il est possible encore que la seule vue de cet attentat ait aliéné sa raison, ou lui ait inoculé quelqu'une de ces maladies névralgiques plus cruelles que la mort même. Or, dans toutes ces circonstances, la peine devra-t-elle également être abaissée d'un degré, parce que la mort n'a pas été actuellement effectuée ? Si l'on veut la graduer uniquement sur l'intensité du résultat matériel, ce résultat n'a-t-il pas des degrés infinis ? Jusqu'à quel point le crime devra-t-il être consommé, jusqu'à quel degré la victime estropiée, pour motiver l'application d'une peine inférieure ?

253. Toutefois hâtons-nous d'ajouter que le crime manqué ne doit pas nécessairement être frappé d'une peine égale au crime consommé. Il est des cas où la séparation de ces deux crimes semble avouée par la justice : si le crime a manqué son effet parce que le remords a fait trembler la main du coupable, parce que l'hésitation s'est attachée à ses derniers actes,

parce que son trouble l'a trahi, ces agitations et ces craintes, qui décèlent une âme inaccoutumée au crime, nous paraissent des circonstances atténuantes. Et n'est-ce pas à ces tressaillements, à cette faiblesse du crime, que la victime a dû son salut ?

La mission d'apprécier ces circonstances et de les reconnaître rentre dans le domaine du jury : car il ne s'agit plus ici de remettre aux jurés la solution d'un problème de la législation pénale ; il s'agit d'apprécier le fait tel qu'il se traduit avec ses modifications : or le résultat du crime est une de ces circonstances intrinsèques. Sans doute, le jury peut encore tenir compte à l'accusé du bonheur qui a protégé sa victime, du hasard qui a empêché l'accomplissement de son forfait ; mais il sera plus particulièrement appelé à chercher si les causes de la non-consommation peuvent être attribuées à l'irrésolution, à l'hésitation du coupable, il proclamera dans ce cas des circonstances atténuantes. Une règle d'atténuation érigée à l'avance et appliquée à tous les cas cesserait d'être juste et pourrait devenir périlleuse ; la société conserve le moyen d'être humaine, sans se reposer sur le hasard du soin de prévenir les résultats du crime.

Enfin, il ne faut pas confondre le crime manqué, c'est-à-dire qui pouvait être accompli suivant l'intention de l'agent, avec le crime qui, bien que projeté, ne pouvait, par suite de quelque circonstance, recevoir son exécution. Nous verrons plus loin que l'empoisonnement n'est pas imputable, quelle que fût l'intention de l'agent, si la substance qu'il croyait capable de donner la mort était, à son insu, tout à fait inoffensive. Il en serait de même du cas où l'agent aurait tiré un coup de fusil sur un objet inanimé, qu'il aurait pris pour un être animé, par exemple sur un mannequin qu'il aurait pris pour un homme ; ce n'est point là, en effet, un crime manqué, c'est une intention de crime non suivie d'une exécution effective. Le commencement d'exécution implique la possibilité d'atteindre le but à l'aide du moyen employé pour réaliser le crime ; il n'existe plus si le fait commencé ne peut conduire au crime, si, dans les circonstances données, la consommation du crime était impossible. C'est une tentative vaine par

l'impossibilité où elle est d'atteindre son but. C'est dans ce sens qu'il a été reconnu que l'acte de celui qui, l'ombre étant déjà épaisse, vient tirer des coups de fusil dans une chambre avec le dessein d'atteindre les membres de la famille qui l'habitait, n'est pas imputable si ces membres étaient absents à ce moment, « attendu que, quelle que soit la criminalité de la pensée qui a inspiré ces actes, on ne saurait trouver en eux le commencement d'exécution d'un crime dont la consommation était matériellement impossible [1]. »

Au terme de cette discussion, nous ne devons pas omettre de rappeler que plusieurs législations ont adopté la doctrine que nous avons combattue. L'ancien Code prussien (tit, 20, art. 40) portait une disposition ainsi conçue : « Si le coupable a fait tout ce qui était nécessaire pour consommer le délit, mais que l'effet qui caractérise le crime ait était détourné par un hasard, il encourt la peine qui avoisine immédiatement la peine ordinaire. » L'art. 61 du Code pénal espagnol du 30 juin 1850 contient une disposition identique. Le Code de Hanovre punit indistinctement la tentative proprement dite et le délit manqué d'une peine inférieure au crime consommé. Enfin, le Code pénal d'Autriche considère la non-consommation du crime comme une circonstance atténuante. Mais, à côté de ces législations nous citerons le Code italien, qui sépare nettement le délit manqué et le délit tenté. « Quand le coupable de tentative, porte l'art. 97, se sera porté à des actes d'exécution tels qu'il n'ait eu à en ajouter aucun autre, pour que la tentative eût son effet, il sera puni de la peine qui devrait être prononcée si l'infraction eût été consommée, avec diminution d'un seul degré. Cette tentative est considérée comme crime ou délit manqué. » La peine descend de deux ou trois degrés en cas de simple tentative. Le Code de Bavière sépare également la tentative et le délit manqué ; mais, dans

1. Montpellier, ch. d'accus., 26 fév. 1852, Journ crim., t. 24, p. 215. — * * Comp. sur le délit impossible : Cass., 4 nov. 1876 ; S. 77.1.48 ; — 12 avril 1877 ; Bull n° 100 ; S. 77.1.329, et la note. — V. aussi notre étude sur le délit impossible, dans la France judiciaire, mars 1878, p. 185 et suiv.

ce dernier cas, il laisse l'atténuation de la peine à l'arbitrage du juge [1].

254. Nous arrêtons ici nos réflexions générales sur la tentative. Nous avons, en les résumant, parcouru le cercle des questions théoriques que la science a soulevées sur cette matière. Cette discussion ne peut qu'éclairer les difficultés pratiques qui vont suivre. Nous avons posé les principes ; examinons l'application qu'ils ont reçue.

L'art. 2 du Code pénal est ainsi conçu : « Toute tentative de « crime qui aura été manifestée par un commencement « d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué « son effet que par des circonstances indépendantes de la vo- « lonté de son auteur, est considérée comme le crime même. »

Avant la révision du 28 avril 1832, cet article portait : Toute « tentative de crime qui aura été manifestée par *des actes extérieurs et suivie* d'un commencement d'exécution... » La suppression de ces mots n'a point été motivée, et les discussions sont restées muettes à cet égard. Il est certain que cette modification n'a eu pour but que de corriger une rédaction embarrassée et de faciliter une application qu'elle entravait. Néanmoins elle pourrait, si elle était mal comprise, avoir quelque danger.

Le projet du Code de 1810 portait la même rédaction que l'article actuel ; M. Treilhard avait pensé que la manifestation par des actes extérieurs et le commencement d'exécution étant la même chose, il était inutile d'employer ces deux expressions. Cette erreur fut relevée par M. Cambacérès, qui réclama le texte de la loi du 22 prairial an IV : « Cette rédac- « tion, dit-il, lève beaucoup de doutes et de difficultés ; il « convient de la transporter dans le Code [2]. » En effet, si les actes qui caractérisent le commencement d'exécution étaient clairement définis, on eût pu sans inconvénient retrancher la mention des actes extérieurs. Mais, lorsque la tentative se

1. * * On retrouve la même distinction dans le Code pénal du Mexique et dans le Code pénal russe.

2. Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 4 oct. 1808 ; Locré, t. 29, p. 106.

compose d'un grand nombre de circonstances, il peut être difficile de déterminer l'instant précis où se produit le commencement d'exécution : les criminalistes eux-mêmes s'y méprennent. « En annonçant aux jurés, a dit M. Bourguignon, que la tentative doit être *manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution*, vous leur apprenez à graduer les circonstances et à distinguer celles qui sont décisives et celles qui ne le sont pas ; tandis qu'en supprimant la mention des actes extérieurs, vous les exposez à les confondre, vous les privez d'une idée intermédiaire, de l'un des éléments de la définition, et il pourra souvent leur arriver de prendre pour un *commencement d'exécution* certains actes extérieurs qui ne doivent pas avoir ce caractère[1]. » Il est donc nécessaire plus que jamais de poser une limite entre les actes extérieurs et les actes d'exécution, puisque la loi, en effaçant les premiers parmi les circonstances élémentaires de la tentative, n'a point entendu les confondre dans les autres, et qu'elle continue de restreindre l'incrimination aux faits qui commencent l'exécution.

255. L'art. 2 pose, en effet, ce principe, que nous avons développé plus haut, qu'il n'y a de tentative punissable que celle qui se manifeste par un commencement d'exécution. Et il faut d'abord en tirer cette conséquence que toutes les fois que la tentative ne se révèle que par des actes simplement préparatoires, « elle n'existe, suivant les expressions de la Cour de cassation, que comme une intention, un projet dont la punition n'appartient point à la justice des hommes[2]. » Mais à quels éléments, dans quelles circonstances reconnaître le commencement d'exécution ? La loi ne l'a point défini ; elle n'a désigné ni les actes préparatoires, ni les actes d'exécution ; elle en a abandonné l'appréciation aux lumières des magistrats chargés de prononcer sur la prévention ou l'accusation, et à la conscience des jurés ; et cette appréciation est souveraine. La jurisprudence, un moment indécise, est aujourd'hui unanime

1. Jurispr. des Cod. crim., t. 8, p. 3.
2. Cass., 29 juin 1816, Bull. crim., n. 30.

sur cette première règle de la matière [1]. La Cour de cassation a décidé que l'arrêt d'une chambre d'accusation qui attribue à des faits le caractère d'actes préparatoires échappe à la cassation, dans le cas même où ces actes se rattacheraient visiblement à l'exécution elle-même [2]; et elle a déclaré également qu'il ne suffit pas que la Cour d'assises pose au jury les faits matériels pour en déduire ensuite les circonstances caractéristiques de la tentative ; qu'il n'appartient qu'au jury d'apprécier si les actes incriminés forment un commencement d'exécution, et qu'en leur ôtant ce caractère il enlève à la tentative, quels que soient les actes qui la composent, toute sa criminalité [3].

De là, on peut induire que la distinction des actes extérieurs et d'exécution revêt peu d'importance en droit ; mais elle en conserve une extrême dans la pratique, puisqu'elle pose la borne où l'acte commencé cesse d'être licite, où l'accusation peut le poursuivre, et la peine le frapper. Il ne sera donc pas inutile d'insister sur quelques-uns des arrêts que nous venons de citer.

256. La Cour de Bordeaux avait à décider si un homme qui s'était introduit dans une maison avec escalade et effraction, et dans l'intention de voler, mais qui avait été découvert avant qu'il eût saisi aucun objet, était coupable d'une tentative légale, et elle déclara que ce fait n'avait pas un tel caractère: « attendu que, si l'introduction violente forme l'acte extérieur qui manifeste la tentative, aucun fait de la cause ne présentait le commencement d'exécution nécessaire pour qu'elle soit assimilée au vol. » Cet arrêt fut dénoncé à la Cour de cassation. « Comment la Cour de Bordeaux, a dit le procureur général, a-t-elle pu décider que la réunion de ces circonstances ne constituait pas un commencement d'exécution de la tentative du vol ? Un acte qui précède immédiatement

1. V. dans ce sens. Cass., 27 août 1812, 18 mars 1813, 23 sept. 1825, 28 juillet 1825, 27 juillet 1826, 4 oct. 1827.

2. Cass., 23 sept. 1825 et 4 oct. 1827, Bull. n. 189 et 253.

3. Cass., 18 avril 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 213. — ** V. cependant : Cass. 20 juill. 1861 ; S. 61. 1. 1020,

la consommation du crime est nécessairement un commencement d'exécution. Que restait-il à faire à l'accusé pour exécuter le vol ? Rien autre chose qu'à s'emparer des objets mobiliers qui se trouvaient dans l'appartement. S'il se fût emparé de ces objets, il aurait été coupable du vol consommé. Or, les faits déclarés devaient immédiatement précéder le fait de l'appréhension de ces objets mobiliers ; donc ces faits constituent un commencement d'exécution. S'ils n'avaient pas ce caractère, s'ils n'étaient que des actes extérieurs, il faudrait qu'entre ces actes et le vol consommé on pût par la pensée placer un fait intermédiaire qui serait le commencement d'exécution. » Néanmoins le pourvoi a été rejeté : « Attendu qu'en déterminant les circonstances nécessaires pour caractériser la tentative criminelle, la loi n'a pas déterminé en même temps les faits élémentaires et constitutifs de ces circonstances ; qu'il s'ensuit que, quelque erronée que puisse être l'opinion de la Cour de Bordeaux en jugeant que les faits déclarés ne constituaient point de commencement d'exécution, elle n'a point commis de violation expresse de la loi[1]. »

Dans une seconde espèce, il s'agissait de savoir si le fait d'avoir cherché à ouvrir à l'aide d'un ciseau la porte d'un logement constituait un commencement d'exécution d'un vol que le prévenu aurait eu le dessein de commettre dans l'intérieur de ce logement. La Cour de Montpellier, chambre d'accusation, a résolu cette question négativement, par les motifs « qu'en frappant d'une peine identique la tentative et le crime consommé, le législateur n'a pas voulu atteindre uniquement la volonté coupable ou la simple détermination intentionnelle ; qu'il a exigé, en outre, que cette détermination et cette volonté fussent manifestées, non par des actes extérieurs quelconques qui en révéleraient avec certitude l'existence, mais bien par un commencement d'exécution du crime même dont le coupable avait projeté l'exécution ; que les empreintes trouvées sur la porte peuvent faire supposer sans doute que leur auteur a voulu s'introduire dans ce logement pour y

1. Cass., 23 sept. 1825, Bull. n. 189.

commettre un vol, mais qu'on ne saurait y voir un commencement d'exécution du vol lui-même ; que le fait de l'agent qui s'efforce d'ouvrir ainsi une porte, et abandonne ensuite par des motifs quelconques son entreprise inachevée, ne constitue ni un commencement d'exécution, ni même une effraction véritable, mais bien et uniquement une tentative d'effraction ; qu'il y aurait un danger social manifeste à assimiler une pareille tentative au crime de vol consommé ; qu'une telle assimilation aurait inévitablement pour résultat de précipiter le coupable vers la consommation complète du crime [1]. »

Dans une troisième espèce, un individu avait escaladé une palissade, et brisé des châssis et des carreaux de vitres dont l'effraction devait lui procurer l'entrée d'une maison. Cette entreprise ne fut interrompue que par l'apparition des habitants de la maison. Néanmoins la Cour de Nancy déclara n'y avoir lieu à suivre, par le motif que la tentative n'avait pas été suivie d'un commencement d'exécution, et la Cour de cassation confirma cet arrêt par le même motif que dans l'espèce du 23 septembre 1825 [2].

Il est à regretter que cette Cour, enchaînée par la souveraineté de la décision des Cours d'appel, n'ait pu examiner si l'escalade et l'effraction doivent être considérés comme des actes purement préparatoires ou d'exécution [3]. M. Rossi, adoptant l'opinion exprimée dans le réquisitoire, n'hésite pas à voir dans ces actes un commencement d'exécution. Suivant ce professeur, l'escalade et l'effraction touchent de trop près à l'action criminelle pour qu'on puisse les en séparer ; ces actes se confondent dans cette action, et ne forment avec elle qu'un seul tout. Cette opinion, qui peut sembler spécieuse, peut n'être pas toujours exacte. L'escalade, l'effraction, de même que l'usage de fausses clefs, sont en dehors de l'action

1. Montpellier, 29 janv. 1852, ch. d'accus.; Journ. crim. t. 24, p. 176.
2. Cass., 4 oct. 1827, Bull. n. 253.
3. * * V. les arrêts du 1er mai 1879 ; Bull. n° 95 ; S. 80. 1. 233, et notre note ; — 19 décembre 1879 ; Bull. n° 229 ; S. 80. 1. 336 ; — 16 juill. 1885 ; Bull. n° 216.

criminelle ; ils la précèdent, ils la préparent, mais ils ne la commencent pas dans tous les cas. Comment soutenir, en effet, que l'escalade, par exemple, est un commencement de vol ? Cet acte ne peut-il pas avoir pour but la perpétration d'un tout autre crime, d'un rapt, d'un viol, d'un assassinat ? C'est d'après cette distinction que nous avons vu la loi romaine incriminer l'escalade et l'effraction, abstraction faite du crime que ces actes avaient pour but de commettre [1]. M. Carmignani refuse de voir dans ces faits des actes d'exécution [2].

Mais, indépendamment de ces raisons générales, on peut remarquer avec M. Carnot [3] que l'usage des fausses clefs, l'escalade et l'effraction n'ont été considérés par le législateur que comme des circonstances aggravantes des crimes, qu'il n'a puni ces actes, quelque graves qu'ils puissent être, qu'autant qu'ils se rattachent à un crime tenté ou consommé ; que dès lors ces circonstances ne peuvent constituer par elles-mêmes une tentative punissable [4] ; qu'elles révèlent une intention criminelle ; mais que la loi ne punit l'intention que lorsqu'elle accompagne la perpétration ou la tentative d'un fait punissable, et que le législateur n'a pas aperçu dans ces actes préparatoires assez de péril pour en faire l'objet d'une pénalité principale [5].

Cependant, si l'escalade ou l'effraction était suivie d'un acte quelconque d'exécution, quelque léger qu'il fût, il est évident qu'il y aurait tentative : ainsi le déplacement d'un objet, l'ouverture d'un meuble, un acte de l'agent suffiraient, dans ce cas, pour constituer le crime. C'est ce que la Cour de cassation a décidé [6] ; et cette solution démontre en même temps

1. L. 21, § 7, Dig. de furtis, citée *suprà*.
2. Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 384.
3. Commentaire sur le Code pénal, t. 1er, p. 16.
4. * * C'est précisément parce que l'escalade et l'effraction sont des circonstances aggravantes du vol, qu'il nous est impossible de les considérer comme de simples actes préparatoires ; il nous est impossible d'admettre que l'escalade et l'effraction ne fassent pas partie et ne soient pas un comment d'exécution du *vol avec escalade ou effraction*.
5. Cass., 13 juill. 1843, Bull. n. 178.
6. Cass. 29 oct. 1813, Bull. n. 234.

combien est absolue cette proposition du réquisitoire que nous avons cité plus haut, qu'*entre l'escalade et le vol consommé la pensée ne peut concevoir aucun fait intermédiaire qui puisse être un commencement d'exécution.*

257. On voit par ces exemples que la tentative échappe et glisse en quelque sorte entre deux faits opposés entre eux, l'acte préparatoire qui n'offre aucun caractère de délit, et l'acte qui consomme le délit. Suivant l'idée de M. Carmignani, l'esprit peut se figurer deux points marquant un espace, et imaginer la tentative comme se mouvant pour les parcourir [1]; elle se manifeste dans le premier acte visible du projet criminel; elle a sa limite dans l'accomplissement de ce projet. Mais dans cette série d'actes il faut distinguer ceux qui constituent l'action criminelle, et ceux qui ne font que la précéder ou la suivre. « Il y a toujours, a dit M. Rossi [2], un fait ou un ensemble de faits qui seuls constituent le but que l'agent veut atteindre, l'action criminelle qu'il se propose. Tout ce qui précède ou suit cette action peut avoir avec elle des rapports plus ou moins étroits, mais ce n'est pas là ce qui la constitue ; elle peut avoir lieu sans ces précédents, ou avec des précédents différents. » Il faut donc dégager cette action des actes qui ne sont pas intimement liés avec elle, qui n'en forment pas une partie intrinsèque : ce sont les actes préparatoires ; ils sont achevés, et l'action n'est pas encore commencée ; la tentative se prépare ; légalement, elle n'existe pas encore. Elle prend naissance, elle devient passible d'une peine, lorsque le premier des actes dont l'ensemble compose le crime a été commis ; et elle continue, sans distinction de degré de culpabilité dans sa course, jusqu'à la perpétration de l'acte qui achève et consomme ce crime. L'acte préparatoire peut répandre quelque alarme, mais sans péril actuel ; la tentative met le droit en péril, mais sans le violer ; le crime consommé viole le droit et blesse la sécurité publique. Cette distinction simple nous semble résumer les trois degrés qui séparent ces actes.

1. Loco cit., p. 326.
2. Traité de droit pénal, t. 2.

258. Il est peut-être inutile d'ajouter que la réparation, quand elle est possible, que l'agent aurait faite du dommage causé par son action, peut atténuer sa criminalité, mais ne peut la faire considérer comme une tentative dont il aurait suspendu les effets par sa volonté. Autre chose est un acte commencé qui demeure inaccompli, autre chose un acte consommé dont les effets matériels sont plus ou moins effacés. La loi pénale ne frappe pas seulement l'agent en vue du préjudice qu'il a occasionné, car alors toute la peine consisterait dans une réparation pécuniaire ; elle le frappe en vue de l'alarme qu'il a jetée dans la société, de l'exemple de désobéissance aux lois qu'il a donné, du désordre qu'il a commis. La réparation pécuniaire efface le dommage ; elle laisse subsister le trouble social ; elle ne fait point disparaître un fait consommé ; elle n'ôte point à la peine son utilité [1]. Il a été souvent jugé, en conséquence, que la remise ou la restitution d'un objet frauduleusement soustrait ne change point le caractère du délit de vol, lorsqu'il a été consommé par l'appréhension de cet objet avec l'intention de se l'approprier [2].

259. Les diverses circonstances caractéristiques de la tentative doivent nécessairement être exprimées tant dans l'arrêt de renvoi devant la Cour d'assises et dans l'acte d'accusation que dans la déclaration du jury. Il ne suffirait donc pas, pour l'application de la peine, que la tentative fût déclarée constante ; il est nécessaire qu'il soit reconnu qu'elle réunit tous les caractères déterminés dans l'art. 2 du Code pénal : car, nous le répétons encore, l'accusé peut être déclaré coupable d'une tentative, mais qui, n'étant pas celle du Code pénal, ne serait, dans la vérité, rien autre chose qu'une intention, un projet, dont la répression n'appartient point à la justice so-

1 * * Signalons cependant, à ce propos, une remarquable disposition du Code pénal allemand. Son article 46 porte que la tentative n'est pas punissable « *si, à une époque où elle n'était pas encore découverte, l'agent a, par un fait contraire, détourné les conséquences de son action criminelle* ». C'est ce qu'on a appelé le *repentir actif*. On trouve une disposition analogue dans le Code pénal hongrois.

2. Cass., 10 juin 1842, Bull. n. 146.

ciale. La jurisprudence n'a pas dévié de cette règle [1], et c'est en l'appliquant que la Cour de cassation a successivement jugé que la réponse du jury qui n'a prononcé que sur deux caractères de la tentative, et a gardé le silence sur le commencement d'exécution, est incomplète [2]; et que la déclaration portant qu'il y a tentative de crime, mais que cette tentative n'a pas réuni les caractères spécifiés en l'art. 2, ne présente, au contraire, aucune obscurité [3] : dans cette double hypothèse, il n'y a pas tentative légale, le crime s'est effacé.

Depuis la loi modificative, et par suite du changement de rédaction, il suffit que le jury déclare que la tentative a été manifestée par un commencement d'exécution, et qu'elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Mais ces expressions qui énoncent les deux circonstances élémentaires de la tentative punissable, le commencement d'exécution et la suspension involontaire, ne sauraient être remplacées par des termes équipollents. Ainsi, il a été décidé, d'une part, que la déclaration affirmative du jury sur la question du guet-apens ne peut suppléer la déclaration sur la tentative, bien que le guet-apens semble supposer la tentative [4]; et, d'une autre part, que la déclaration que la tentative a manqué son effet par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ne suffit pas; il faut constater qu'elle *n'a* manqué son effet *que* par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur [5]. Dans les premiers temps qui suivirent la promulgation du Code pénal, quelque incertitude s'était manifestée à cet égard dans la jurisprudence de la Cour de

1. Cass., 26 juin 1811, 23 mars 1815, 18 avril 1816, 30 mars 1816, 10 juin 1818, 15 avril 1824, 26 juill. 1826, 23 juin 1827, etc.; et Journ. du dr. crim., 1829, p. 252; 1831, p. 176; 1834, p. 213. — * * Cass., 4 avril 1872: Bull. n. 81; S. 73. 1. 46.

2. Cass., 10 déc. 1818, Bull. n. 146. V. toutefois Cass., 13 janv. 1828; Journ. du dr. crim., 1828, p. 176.

3. Cass., 9 juill. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 252.

4. Cass., 17 déc. 1835, Bull. n. 459.

5. Cass., 1er sept. 1853, Bull. n. 441. — * * Cass., 4 avril 1872; Bull. nº 81; S. 73. 1. 46.

cassation [1], mais le principe est aujourd'hui parfaitement reconnu. Et, en effet, si des expressions équipollentes étaient admises, comment reconnaître que ces expressions ont identiquement la valeur des termes de la loi ? Quelle interprétation serait assez infaillible pour en être assurée ? Et comment asseoir une peine sur une interprétation ? La question doit donc être posée aux jurés dans les termes mêmes de la loi ; et peut-être est-ce un devoir pour le président d'appeler leur attention sur les circonstances constitutives du crime, et sur les nuances qui distinguent ces circonstances.

260. Cependant les dispositions de l'art. 2, quelque généraux qu'en soient les termes, admettent plusieurs exceptions : les unes sont fondées sur un texte du Code, les autres ne résultent qu'implicitement de ses termes. Ainsi, cet article n'est point applicable en matière de complot (art. 89 et 90), de faux (art. 132 et suiv.), de corruption (art. 179, § 2), d'avortement (art. 317, § 2 et 3), d'attentat à la pudeur (art. 331), et de subornation de témoins (art. 365). Nous allons indiquer succinctement l'étendue et les limites de ces différentes exceptions.

261. L'art. 89 prévoit le complot, c'est-à-dire l'association arrêtée entre plusieurs personnes pour exécuter l'attentat : ce crime, qui n'est qu'une espèce particulière de tentative, a deux degrés distincts. La loi punit, d'abord, la résolution d'agir, la simple volonté, indépendamment de tous actes extérieurs, parce que cette volonté, cette résolution présente des dangers pour la société, dès qu'elle émane une et définitive de plusieurs personnes réunies : le pacte d'association est en quelque sorte considéré comme l'acte extérieur. La loi prévoit ensuite le cas où *cette résolution concertée* a été suivie *d'un acte commis ou commencé pour en préparer l'exécution*. Il est nécessaire de distinguer ici les actes *préparatoires* et les actes d'*exécution* : car, si l'acte commencé ou commis était un acte d'exécution, le fait cesserait d'être un *complot*, il constituerait un *attentat* ; si l'acte est purement *préparatoire*, le complot ne change pas de caractère ; seulement cet acte devient un élément d'aggravation de la peine.

1. Cass., 22 août 1811, 22 janv. et 1er juill. 1818.

L'art. 90 présente la même exception dans une espèce différente. Il ne s'agit plus d'une association, d'un contrat auquel plusieurs individus ont adhéré : c'est un homme isolé qui seul forme un projet d'attentat, qui arrête son exécution sans la communiquer à personne. Sa pensée, tant qu'il ne l'a pas manifestée, sa volonté, quelque coupable qu'elle soit, tant qu'elle demeure inerte dans son sein, est hors de la portée de la loi. Ce n'est donc point la simple résolution que punit cet article, c'est l'acte *extérieur* qui la révèle, c'est l'acte *préparatoire* de l'exécution de l'attentat ; et c'est dans l'incrimination de cet acte que consiste la dérogation au droit commun. Il faut répéter, au reste, que si l'acte extérieur constituait un commencement d'exécution, le même article cesserait de régir le fait, qui alors prendrait le caractère d'une tentative, et devrait être puni comme un attentat. Le Code pénal, avant sa révision, réputait attentat *tout acte extérieur* commis ou consommé pour parvenir à l'exécution. Cette exception au principe de l'art. 2 n'existe plus : le changement opéré dans le texte de l'art. 88 a eu pour but de replacer le crime dans le droit commun, en déclarant que le fait ne constituera l'attentat qu'autant qu'il y aura *exécution* ou *tentative*. Il est évident que le législateur n'a pu entendre que la tentative légale, et d'ailleurs il l'a reconnu lui-même : « La manifestation par des « actes extérieurs, porte l'exposé des motifs de la loi modifi- « cative, d'une résolution criminelle, mais avant le commen- « cement d'exécution, ne saurait être assimilée à l'attentat « lui-même ». C'est à l'attentat, c'est-à-dire, d'après le projet de la loi, à l'*exécution déjà commencée*, que la peine capitale sera réservée ; il suit de là que s'il y a eu désistement volontaire, on si les actes commencés sont purement préparatoires, le crime d'attentat disparaît, mais le complot peut subsister : cette interprétation se trouve confirmée par la jurisprudence de la Cour de cassation [1].

262. Les crimes de faux offrent une deuxième exception, mais seulement implicite, aux règles de l'art. 2. La fabrication d'une monnaie ou d'une pièce fausse n'est point en elle-même

1. Cass., 13 oct. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 287.

un crime, mais bien un moyen de le commettre par l'usage de la pièce ou l'émission de la monnaie ; le crime réel, en effet, consiste dans le vol, l'escroquerie, la tromperie en un mot, que le faux est destiné à accomplir. La fabrication n'est donc, à proprement parler, qu'un acte préparatoire de ce vol ou de cette escroquerie. D'où il suit que la loi pénale, en incriminant cet acte préparatoire, en le rangeant parmi les crimes principaux, a établi une dérogation formelle à l'art. 2, qui ne punit que le commencement d'exécution du crime. La facilité avec laquelle le faussaire peut à tout moment faire usage de la pièce fausse, et le péril dont cet acte préparatoire menace incessamment la société, ont motivé cette dérogation au droit commun, dérogation que la plupart des législations ont admise, ainsi qu'on le verra plus loin dans notre chapitre *du faux*[1].

La loi a donc séparé les éléments de ce crime et elle en a formé deux crimes distincts : la fabrication de la pièce fausse, et l'usage de cette pièce (art. 132, 147, 148, C. P.). Dès lors, et l'acte préparatoire de la fabrication ayant le caractère d'un crime principal, la tentative de ce crime doit être incriminée lorsqu'elle réunit les éléments constitutifs précisés par l'article 2[2]. Ainsi la Cour de cassation a dû juger que le fait d'un individu qui se présente devant un officier public, sous de faux noms, pour faire opérer par son ministère un faux par supposition de personnes, dans un acte public, est coupable d'une tentative de faux, lorsque, par une circonstance indépendante de sa volonté, l'acte n'a été signé ni des parties, ni de l'officier public[3]. On lit notamment dans un arrêt : « que si l'acte qu'avaient seuls signé la personne supposée et le no-

1. * * La fabrication de la monnaie ou de la pièce fausse nous paraît être plus qu'un acte préparatoire. La pièce ou monnaie fabriquée peut, à tout moment, entrer dans la circulation, même sans le fait de celui qui l'a fabriquée, par exemple, s'il vient à décéder.

2. La loi 19, Dig. de lege Corneliâ de falsis, n'est pas contraire à cette décision : elle ne prévoit que la tentative volontairement abandonnée : « Qui falsam monetam percusserunt, sed id totum formare noluerunt, suffragio justæ pœnitentiæ absolvuntur. »

3. Cass., 19 juill. 1807, S. 9.1.81.

taire, est resté à l'état imparfait par suite du désir de ce dernier de prendre des renseignements sur l'identité de l'emprunteur et a fini par être inexécuté, cette imperfection et cette inexécution, toutes du fait du notaire rédacteur, sont entièrement indépendantes du prévenu, qui, en signant ledit acte, a accompli le contrat de prêt frauduleux qu'il convoitait, en tout ce qui pouvait relever de sa volonté [1]. » La même décision s'appliquerait à la tentative de l'usage de la pièce fausse.

263. Les crimes de corruption, d'avortement, d'attentat à la pudeur, forment encore des exceptions aux règles de la tentative. Ainsi, la corruption tentée envers un fonctionnaire public n'est punissable d'une peine infamante qu'autant qu'elle a eu son effet (art. 179) ; ainsi, l'avortement de la femme enceinte n'est incriminé par l'art. 317, du moins à l'égard de la femme elle-même, que dans le cas où l'avortement a été consommé ; enfin, la tentative violente de l'attentat à la pudeur renferme en elle-même les circonstances exigées par l'art. 2, ou plutôt existe légalement indépendamment de ces circonstances [2]. Nous n'avons pas à examiner ici si ces exceptions sont fondées ; nous n'avons pas à examiner si la tentative de l'avortement, lorsqu'elle est exécutée par toute autre personne que la femme enceinte, peut être poursuivie criminellement. Ces questions, qui ont divisé les plus célèbres criminalistes, exigent des développements qui seraient entièrement étrangers à la matière spéciale de la tentative ; nous renvoyons donc leur examen à nos chapitres *de l'avortement* et *des attentats à la pudeur*.

La dernière exception, qui comprend le crime de subornation de témoins, dérive du texte même de la loi ; et en effet, aux termes des art. 361 et 365 du Code pénal, l'on ne peut poursuivre ni punir la tentative de subornation, puisque la subornation n'est passible d'une peine que dans le cas où les témoins subornés ont déposé contre la vérité. Le législ-

1. Cass., 14 oct. 1854, Bull. n. 304.

2. Mêmes arrêts. — * * *Adde* Cass., 7 mai 1875 ; Bull. n° 145.

lateur a pensé sans doute que, jusqu'à la déposition, le suborneur peut arrêter le faux témoin : et puis, si le témoin ne dépose pas faussement, le suborneur n'est coupable que d'un projet criminel sans commencement d'exécution.

Telles sont les exceptions que les règles de la tentative reçoivent dans le Code pénal. En dehors de ces exceptions, on doit considérer la règle de l'art. 2 comme générale et absolue et comme s'appliquant à tous les faits qualifiés crimes. C'est ainsi qu'il a été jugé que les art. 440, 441 et 442 du Code pénal, quelle que soit la nature des faits qu'ils prévoient, ne renferment aucune dérogation à cette règle [1]. Nous passons maintenant à l'examen de quelques difficultés que fait naître l'application de ces règles.

264. Lorsque l'accusé est renvoyé devant la Cour d'assises comme coupable d'un crime consommé, la question de la tentative peut-elle être posée au jury ? En général, l'affirmative n'admet aucun doute. En effet, la tentative d'un crime n'est qu'une modification du crime même ; l'accusation du crime consommé comprend donc nécessairement l'accusation de la tentative de ce crime. Cependant cette solution peut, dans certains cas, n'être pas exempte de difficultés. C'est ainsi que la question de la tentative ne devrait pas être posée sans quelque distinction à l'égard de l'accusé de meurtre. En effet, la nuance qui sépare les coups et blessures de la tentative de meurtre ou d'assassinat est difficile à saisir. Il n'y a pas tentative de meurtre par cela seul que les blessures ont été graves, ou qu'elles ont été faites avec une arme meurtrière : il est nécessaire qu'il y ait eu dessein de tuer [2]. La question de la tentative ne doit donc être posée que lorsqu'il résulte des débats que l'attaque a été effectuée avec la volonté de tuer, et elle doit renfermer cette circonstance ; au cas contraire, la question ne doit porter que sur les blessures. En

1. Cass., 7 juill. 1847, Bull. n° 154.

2. Cass., 14 mai 1813, Bull. n. 103, et 3 fév. 1821, Bull. n. 26 ; Merlin, Rép. v° Tentative, § 8 ; Favard de Langlade, v° Tentative, p. 519 ; Dalloz, v° Cour d'assises, p. 436 ; Carnot, De l'Instr. crim., t. 2, p. 587 ; Bourguignon, t. 3, p. 9 ; Legraverend, t. 1er p. 123.

ce cas, c'est un devoir pour le président des assises d'appeler l'attention des jurés sur les nuances qui pourraient leur échapper, si elles ne leur sont pas indiquées, parce qu'elles résultent de dispositions des lois pénales qu'ils peuvent ignorer[1].

La tentative de coups et blessures est punissable, toutes les fois que les violences constituent un crime. Ainsi, les poursuites pour simple tentative de blessures seraient légitimes, si cette tentative s'était exercée envers les pères et mères et autres ascendants (art. 314, C. P.). Quelques doutes s'étaient manifestés à cet égard ; mais les termes de l'article 2 ne permettent d'exception qu'autant qu'elle résulte d'un texte formel de la loi, et la Cour de cassation a confirmé cette opinion [2].

265. Les complices de la tentative doivent être punis comme les complices du crime consommé ; cela résulte et de l'art. 2, qui assimile au crime même la tentative qui se produit avec les circonstances prévues par la loi, et de l'article 60, qui frappe les complices des mêmes peines que les auteurs principaux.

De ce principe découle une double conséquence. Si la tentative n'est pas accompagnée de circonstances qui la constituent, le complice, quelque soit la part qu'il y ait prise, est à l'abri de toute peine. Ainsi, le mandant qui a chargé un individu de commettre un crime, qui a manifesté cette volonté par des actes extérieurs, qui n'a rien fait pour en empêcher l'exécution, est protégé par la loi, si le mandataire n'a pas agi, car cette tentative n'est qu'un projet tant qu'elle n'a pas été suivie d'un commencement d'exécution. C'était aussi la décision des docteurs : *Mandans aliquod delictum non videtur puniendus, si illud non sequatur* [3].

Au contraire, si la tentative effectuée par l'agent réunit les caractères qui la rendent punissable, la peine atteint les complices, quelque légère que soit la part qu'ils aient prise à la

1. Cass., 14 déc. 1829, Bull. n° 155 ; Legraverend, t. 2, p. 118 ; Bourguignon, t. 3, p. 5.

2. V. sur la position des questions en matière de tentative, notre Traité de l'Instr. crim., t. 8, p. 83 et 84.

3. Cass , 3 fév. 1821, S. 21. 1. 216.

préparation du crime, et lors même qu'ils n'auraient pas trempé dans l'exécution commencée. Cette décision rigoureuse n'est que l'application de l'art. 60 du Code, qui a voulu que l'assistance, donnée avec connaissance dans les faits préparatoires du crime, constituât la complicité par elle-même et indépendamment de toute participation des complices au commencement d'exécution du fait principal. En effet, aux termes de cet article, l'un des faits caractéristiques de la complicité, c'est d'avoir aidé ou assisté avec connaissance l'auteur d'une action qualifiée crime dans les actes qui l'on préparée ; et ce fait caractérise la complicité dans les tentatives comme dans les crimes consommés, puisque la tentative du crime, lorsqu'elle réunit les circonstances fixées par l'art. 2, forme un crime principal. Or, de même que l'intention de son auteur a toujours été de consommer le crime, de même aussi c'est à cette consommation que s'est référée l'assistance donnée dans les actes préparatoires. Toutefois le dernier paragraphe de l'article 60, relatif aux crimes politiques, a pris soin d'exprimer que les complices de ces crimes seraient punis de peines spéciales, « *même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs n'aurait pas été commis.* » D'où l'on aurait pu induire qu'en règle générale il n'y a complicité punissable que là où le crime a été consommé, puisque la loi a cru nécessaire de formuler une exception pour des crimes spéciaux ; mais cette exception n'est point écrite avec assez de netteté pour qu'on puisse en tirer, par la seule voie de l'induction, une règle générale qui semble repoussée par les différents textes de l'article 60 ; les dernières expressions de cet article paraissent s'appliquer spécialement à la provocation, et il serait trop hasardeux d'y puiser un principe que le système général du Code ne paraît pas admettre. La criminalité de l'assistance aux actes préparatoires est subordonnée au caractère définitif de l'action principale ; elle disparaît, si cette action n'a pas dépassé la limite où elle devient un crime ; elle se maintient, au contraire, si le commencement d'exécution lui a imprimé ce caractère [1].

1. Farinacius, quæst. 124. n. 90. V. aussi *infrà* le chapitre de la Complicité.

266. Nous ne pousserons pas plus loin l'examen des questions que cette matière a soulevées ; celles que nous aurons omises trouveront une facile solution dans les règles que nous avons posées. Mais jusqu'ici nous n'avons suivi l'application de ces règles qu'aux seules tentatives de crimes ; il nous reste à parler des tentatives de délits.

On doit se demander d'abord si les tentatives des délits correctionnels doivent être punies par la loi.

En effet, l'intérêt de la société à la répression de ces délits n'est évidemment que secondaire, et cet intérêt devient plus faible encore lorsqu'il ne s'agit que d'une simple tentative. Ce n'est plus un mal réel produit par le délit consommé que l'on poursuit ; c'est un péril, une alarme, qui sont fort légers, puisqu'ils se proportionnent à l'exiguité du fait. Et puis, parmi ces tentatives, si les unes échappent à la répression sociale par leur faible importance, les autres s'y dérobent par la difficulté de déterminer leurs caractères et d'en faire ressortir la criminalité. « *In levibus delictis*, disaient les docteurs, *non puniri affectum seu conatum*, *effectu non sequuto* [1] ». En règle générale, la tentative d'un simple délit ne doit donc faire la matière d'aucune poursuite, soit à cause de la difficulté des preuves, soit à cause de l'exiguïté du péril social [2] ; et ce n'est que dans quelques cas spéciaux où ce péril est plus appréciable, où les preuves sont faciles, que cette criminalité peut être justifiée. Telle est aussi la théorie que le Code pénal a consacrée ; son art. 3 est ainsi conçu : « *Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans les cas déterminés par une disposition spéciale de la loi.* »

On lit dans les procès-verbaux du Conseil d'Etat, que, Napoléon ayant demandé aux rédacteurs du projet de Code les motifs de la restriction de l'art. 3, M. Berlier répondit « qu'il n'y a nulle parité entre la tentative d'un crime et celle d'un délit, ni surtout dans les actes qui caractérisent le commencement d'exécution en des espèces si différentes. Ainsi un homme est

1. Farinacius. quæst. 124, n. 52.

2. Cass., 6 fev. 1812, Bull. p. 35 ; Merlin, vº Tentative ; Favard, *eod. verbo* ; egraverend, t. 1er, p. 131 ; Bourguignon, t. 3, p. 6.

surpris crochetant la serrure d'une porte : son but ultérieur est bien connu par ce seul fait; mais s'il s'agit d'une rixe, punira-t-on celui qui aura levé la main, et dont des tiers ont arrêté les coups, comme celui qui aurait frappé? La société n'a pas le même intérêt de réprimer, et il ne faut pas étendre indiscrétement les peines [1]. » M. Treilhard a ajouté dans l'exposé des motifs : « Cette disposition ne peut pas être si généralement adoptée pour les délits, parce que les caractères n'en sont pas aussi marqués que les caractères du crime; leur exécution peut très-bien avoir été préparée et commencée par des circonstances et des démarches, qui en elles-mêmes n'ont rien de répréhensible, et dont l'objet n'est bien connu que lorsque le délit est consommé ; il a donc été sage de déclarer que les tentatives du délit ne seraient considérées et punies comme le délit même que dans les cas particuliers déterminés par une disposition spéciale de la loi. »

267. Quelques difficultés se sont élevées sur l'application de l'art. 3. La plus grave est de savoir si la tentative qu'il prévoit ne peut être punie qu'autant qu'elle est accompagnée de toutes les circonstances mentionnées dans l'art. 2. On cite pour la négative un arrêt de rejet de la Cour de cassation, portant : « qu'on ne peut invoquer les règles générales du Code pénal sur les circonstances constitutives de la tentative du crime, dans les cas particuliers où la tentative de délit est assimilée au délit même ; que c'est un fait spécial que le législateur n'a point assujetti, dans l'art. 3 du Code pénal, aux règles posées dans l'art. 2 du même Code [2]. » Mais il nous paraît, comme l'a remarqué M. Carnot, que si l'art. 3 ne le dit pas d'une manière formelle, il le suppose nécessairement. « Il serait absurde, en effet, dit ce magistrat, d'imaginer que la tentative d'un crime pourrait être plus favorisée que la tentative des simples délits [3]. » Il suffit d'ailleurs de rapprocher les art. 2 et 3 pour s'assurer que le dernier article n'a

1. Séance du 21 fév. 1809, Locré, 29, 134.

2. Cass., 26 sept. 1828, Bull. n. 285. — * * *Adde* Cass., 6 oct. 1854 ; — 1er juill. 1880 ; Bull. n° 134 ; S. 81. 1. 237.

3. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 21.

eu qu'un objet, c'est de restreindre, à l'égard des délits, la règle que l'art. 2 étend à tous les crimes ; il en resserre le cercle, il en limite l'application ; mais la règle reste la même, et cette règle, qui domine toute la législation pénale, c'est qu'il n'y a de tentative punissable qu'autant qu'il y a eu commencement d'exécution, qu'autant qu'elle n'a été suspendue que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. A la vérité, les tribunaux de police correctionnelle étant juges du fait et du droit, on a pensé qu'il suffisait qu'ils reconnussent un prévenu coupable d'une *tentative de délit*, et que cette déclaration proclamait implicitement l'existence des circonstances constitutives de cette tentative. Mais la tentative d'un délit, dans le cas même où la loi l'incrimine, n'est punissable qu'autant qu'elle est caractérisée ; et il est nécessaire que le jugement qui applique la peine constate les caractères qui seuls justifient cette application ; autrement le délit ne serait pas qualifié, puisqu'on chercherait vainement dans le jugement les circonstances constitutives du fait que la loi a voulu atteindre et punir [1].

268. Les art. 179, 241, 245, 388, 400, 401, 405, 414 et 415 du Code pénal étaient les seuls, avant la loi du 13 mai 1863, qui continssent des dispositions particulières sur les tentatives de délits. Mais, à ces articles, il faut ajouter, depuis cette loi, les art. 142, 174, 251, 279, 389 et 418. Les crimes prévus par ces articles ayant été correctionnalisés, il a fallu, pour atteindre la tentative, qui jusque-là était punie de plein droit, édicter une disposition spéciale pour chacun d'eux. On lit dans l'exposé des motifs : « dans tous les cas, où la modification des peines emporte le déclassement des crimes, une disposition spéciale assimile la tentative au délit consommé. » Le rapport de la commission ajoute : « La tentative était de plein droit assimilée au délit : à l'avenir, pour que cette assimilation ait lieu, il faudra trouver dans la loi une disposition spéciale ».

On a cependant voulu étendre l'application de l'art. 3 à

1. V. dans ce sens Bordeaux, 31 janv. 1833, Journ. du dr. crim., 1833, p. 122.

quelques autres dispositions ; mais la Cour de cassation a successivement jugé : 1° que les coalitions qui avaient pour but d'opérer la hausse ou la baisse d'une marchandise n'étaient punissables qu'autant que le délit avait été consommé, c'est-à-dire que la hausse ou la baisse avait été opérée [1] ; 2° que la tentative du délit de coupe d'herbages échappe à la répression, puisqu'elle n'est pas du nombre de celles qui sont considérées comme le délit lui-même [2] ; 3° que la tentative du délit de corruption, commise par un médecin ou officier de santé auprès d'un conseil de révision et prévue par l'art. 45 de la loi du 21 mars 1832, n'est également passible d'aucune peine, puisque cette loi est muette à cet égard [3] ; que la tentative du délit de contrefaçon ne rentre pas dans les termes des lois spéciales sur cette matière [4].

Les dispositions spéciales qui incriminent la tentative de divers délits ne fixent pas toujours avec précision les limites de ces incriminations. Quelques difficultés se présenteront plus loin à cet égard ; mais, comme elles tiennent moins à la nature de la tentative qu'au caractère de ces délits, et surtout au texte des articles qui les répriment, il nous a paru plus convenable d'en renvoyer l'examen aux chapitres où ces matières seront traitées. Nous croyons cependant devoir noter ici qu'il a été reconnu par la jurisprudence que la loi du 27 mars 1851, qui punit la tentative de tromperie sur la quan-

1. Cass., 24 déc. 1812, 29 janv. 1813, 17 janv. 1818, 1er fév. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 329.

2. Cass., 21 oct. 1824, Bull. n. 484 ; et Orléans, 21 fév. 1829, Journ. du dr. crim., 1829, p. 174.

3. Cass., 10 nov. 1853, Bull. n. 535.

4. Cass., 9 juill. 1852, Bull. n. 233. — ** On trouve encore la tentative de délits punie dans les lois du 2 août 1875, art. 19, et du 30 novembre 1875, art. 3, relatives à l'élection des sénateurs et des députés. Mais il a été jugé que ces textes sont exclusivement relatifs aux élections des sénateurs et des députés, et qu'ils ne sont pas applicables aux élections départementales ou municipales (Cass., 9 avril 1881 ; S. 81. 1. 277).

Ajoutons que les règles sur la tentative écrites dans les art. 2 et 3 C. p. sont applicables, sauf exception spéciale, aux infractions prévues par les lois militaires (Code de justice militaire de 1857, art. 202 ; Code de 1858, art. 260).

tité et la qualité des marchandises, n'exige pas que les juges reconnaisssent et mentionnent dans leurs jugements que la tentative de tromperie soit caractérisée conformément à l'article 2 [1].

269. Ajoutons, pour terminer cette matière, que la tentative des contraventions n'est assimilée par aucune loi aux contraventions elles-mêmes [2].

1. Cass., 6 oct. 1854, Bull. n. 296; 4 avril 1857, Bull. n. 142.
2. Cass., 21 oct. 1841, J. P. 1841. à sa date.

CHAPITRE XII.

DE LA COMPLICITÉ

(Commentaire des art. 59, 60, 61 62 et 63 du Code pénal.)

270. Difficultés de cette matière. Division.

§ Ier. — *Théorie générale de la complicité.*

271. Dispositions de la législation romaine.
272. Dispositions de l'ancien droit français et lois de 1791.
273. Dispositions des lois étrangères.
274. Principes de la matière.
275. Distinction de la participation morale et de la participation matérielle.
276. Distinction de la participation principale et secondaire.
277. De la participation par l'ordre ou le commandement.
278. De la participation par mandat, en donnant des instructions pour commettre le crime.
279. De la participation par conseils ou exhortations.
280. De la participation par défaut d'opposition ou de révélation.
281. De la participation par aide et assistance aux actes préparatoires.
282. De la participation aux actes d'exécution.
283. Distinction des actes de coopération et des actes d'assistance.
284. Faits de complicité postérieurs à l'exécution du crime.
285. Résumé : quels agents doivent être considérés comme coauteurs, complices ou adhérents après le crime.

§ II. — *Système du Code.*

286. Règle générale posée par l'art. 59.
287. Modes de complicité énumérés par l'art. 60.
288. Provocation non suivie d'effet : incrimination spéciale.
289. Logement ou lieu de réunion fournis à des malfaiteurs (art. 61).
290. Recélé des effets volés (art. 62 et 63).
291. Résumé des dispositions du Code.

§ III. — *Application des dispositions du Code.*

292. Les dispositions de l'art. 60 sont essentiellement limitatives.
293. Les actes qui ne rentrent pas essentiellement dans ses termes ne sont pas des actes de complicité.

294. De là la nécessité de les constater dans le jugement.
295. Caractères légaux de la provocation.
296. Caractères légaux du fait d'avoir donné des instructions pour commettre le crime.
297. Caractère de la complicité résultant du fait d'avoir procuré des armes ou des instruments qui ont servi à l'action.
298. Caractères de complicité par aide ou assistance.
299. Il n'y a pas de complices sans un fait principal auquel ils se rattachent.
300. Mais il n'est pas nécessaire, pour la poursuite des complices, que l'auteur principal soit présent ou mis en cause.
301. Cas où l'auteur principal est acquitté. Le complice peut être condamné si les faits constitutifs du crime sont constatés.
302. Cas où l'accusation principale est dénuée de fondement, où l'accusé est absous.
303. Règles relatives à l'application de la peine.
304. Dans le cas où les circonstances atténuantes ne sont pas déclarées, la même peine doit être appliquée.
305. Distinction du cas où l'aggravation pénale prend sa source dans la qualité personnelle à l'auteur principal.
306. Modifications admises par la jurisprudence.

§ IV. — *De la complicité par recélé des personnes ou des choses.*

307. De la complicité par recélé des personnes.
308. De la complicité par recélé des choses enlevées à l'aide d'un crime ou d'un délit.
309. Faut-il que le recéleur ait profité de la chose ?
310. La femme qui recèle les objets volés par son mari est-elle coupable ?
311. Exceptions aux règles du Code.
312. Peines applicables aux complices par recélé.
313. Exception au cas où la peine principale est celle de mort.
314. Seconde exception au cas où cette peine est perpétuelle.
315. Caractères particuliers du recélé et leurs conséquences.
316. Les règles de la complicité s'appliquent à tous les crimes et délits et ne s'appliquent pas aux contraventions. S'appliquent-elles aux délits-contraventions ou contraventions correctionnelles ?

---

270. La théorie de la complicité est l'une des matières les plus épineuses du droit pénal ; c'est celle aussi qui a le plus vivement excité la méditation des criminalistes. Un problème immense est encore à résoudre : c'est de graduer les peines

entre les divers coupables qui ont participé à un même crime, proportionnellement à la part que chacun d'eux a prise à ce crime; problème grave et difficile, qui a reçu les solutions les plus diverses dans les théories des publicistes et dans les lois.

Lorsqu'un crime a été commis par plusieurs personnes, on conçoit que la participation de chacune de ces personnes peut n'être pas la même, L'une a pu en concevoir la pensée et en provoquer l'exécution, l'autre préparer cette exécution, l'autre l'accomplir, l'autre enfin dérober à la justice les coupables et les vestiges du crime, En ne s'arrêtant même qu'au moment de l'exécution, il est évident que les actes qui se réunissent pour l'achever n'ont pas tous la même valeur morale, ne révèlent pas la même perversité. Il suit de cette observation que chacun des actes de la participation comporte des degrés différents, des nuances distinctes de criminalité. Or, c'est une loi de la responsabilité humaine que chaque prévenu ne soit puni qu'à raison de la part qu'il a prise au délit ; c'est une loi de la justice distributive que la peine soit mesurée entre les coupables suivant la culpabilité relative de chacun d'eux. Mais comment apprécier la criminalité de chaque espèce de participation au délit ? Comment classer à l'avance dans les dispositions pénales les caractères de ces diverses complicités ? définir et les formes de la participation, et les circonstances dans lesquelles elle se produit, et les modifications qu'elle peut revêtir ? mesurer la peine à chaque degré de cette participation ? La justice sociale, avec son action limitée, sa marche incertaine, a-t-elle le pouvoir d'apprécier et de punir avec certitude ces nuances multipliées ? n'a-t-elle pas des bornes auxquelles elle doit s'arrêter ?

Il ne faut point s'étonner de ce que le législateur de 1810, au lieu de pénétrer dans les entrailles de ces difficultés, au lieu d'essayer quelques distinctions propres à les résoudre se soit déterminé à poser une règle absolue, uniforme, par laquelle les complices sont punis, sans exception, de la même peine que les auteurs mêmes du délit. Cette règle générale, inflexible, sur tous les individus qui ont participé à l'action criminelle, quelle que soit la part de chacun d'eux, que

cette part soit matérielle ou morale, principale ou accessoire, légère ou complète, cette règle élude toutes les difficultés, tranche toutes les questions dont cette matière est hérissée; mais répond-elle aux besoins de la justice morale, qui demande des degrés dans les châtiments quand elle en aperçoit dans les crimes ?

Sans doute, la loi ne doit point s'égarer dans des classifications multipliées ; il y aurait péril à fonder des distinctions sur des nuances morales qu'il serait difficile de bien caractériser dans la pratique, et trop de subdivisions nuisent à la clarté qui doit luire dans la loi pénale ; d'ailleurs le législateur ne peut atteindre aux dernières limites de la justice absolue. Mais il y a loin d'une classification trop nombreuse à la simplicité qui rassemble dans une même catégorie des délits évidemment inégaux, et leur inflige la même peine : le devoir du législateur est d'examiner si les diverses espèces de participation présententle même degré de criminalité, et de soumettre à des pénalités différentes celles dont le caractère distinct et bien tranché est susceptible d'être clairement défini.

Pour exposer avec méthode les principes et les difficultés de cette matière, nous diviserons ce chapitre en trois paragraphes : dans le premier, nous examinerons les règles qui doivent, en général, s'appliquer à la punition des complices ; dans le deuxième, nous rapprocherons ces règles des textes du Code pénal ; enfin, le troisième paragraphe renfermera l'examen des nombreuses interprétations que ces textes ont reçues de la jurisprudence.

§ Ier. — *Théorie générale de la complicité.*

271. Les lois des différents peuples renferment les dispositions les plus diverses sur la complicité ; il nous semble nécessaire de jeter, avant toute discussion, un rapide coup d'œil sur ces législations.

La loi romaine offre sur cette matière un dédale presque inextricable de dispositions que les immenses travaux des jurisconsultes n'ont point complétement éclaircies ; l'inter-

prétation de ces textes souvent obscurs, contradictoires quelquefois, a partagé les écoles et produit des luttes parmi les commentateurs. Cependant un principe qui domine la législation romaine, c'est l'assimilation des auteurs principaux (*rei*) et des complices (*participes vel socii*); la même peine les atteint[1]. La loi considère comme complices tous ceux qui ont assisté le coupable *ope et consilio*. La définition de ces dernières expressions a donné lieu à une interminable controverse. On les trouve appliquées successivement, dans les fragments du Digeste, à la participation morale, qui consiste dans l'ordre, la commission ou le conseil même de commettre un crime[2], et à la participation matérielle aux actes qui ont préparé ou accompli ce crime[3]. Ceux qui donnaient asile aux coupables, ou qui recélaient les objets volés, étaient encore rangés dans la même classe; mais la sévérité de ce principe était tempérée par de nombreuses exceptions. Nous en rappellerons quelques exemples. La loi 4, Dig. *ad legem Aquiliam* avait dit : *qui consilium furti dedit non tenetur, nisi consilium effectum habuit*. Justinien a élargi cette exception dans les Institutes : *Qui ad furtum faciendum tantùm consilium dedit atque hortatus est, non tenetur furti*. Ainsi le conseil est absous, quel qu'en soit le résultat. Une exception semblable protégeait celui qui, témoin du crime, ne l'avait pas empêché[6], celui qui avait prêté les instruments du crime sans connaître l'usage auquel il devaient être employés[7], celui qui avait favorisé la fuite du coupable, mais sans lui donner asile[8], etc. Nous reprendrons plus loin cette règle et

1. L. 15, Dig. ad leg. Cornel. de sicariis ; l. 7, § 6, Dig. ad leg. Pomp. de parricidiis ; l. 1, Dig. de recept. ; l. 1, C. de his qui latrones ; l. 9, C. ad leg. Jul. de vi ; etc.
2. L. qui servo, Dig. de furtis ; l. 36, 50 et 52, *ibid.* ; l. 4, Dig. ad leg. Aquil.
3. L. 54, § 4. Dig. de furtis ; l. 15, Dig. ad leg. Corn. de sicariis.
4. L. 1, Dig. de recept., l. 1, C. de his qui latrones.
5. Inst. de oblig. quæ ex delicto nasc., § 11.
6. L. 109, Dig. de furtis.
7. L. 54, § 4, Dig. de furtis.
8. L. 62, Dig. de furtis.

ces exceptions, en discutant les interprétations et les décisions des docteurs.

272. L'ancien droit français avait adopté le même principe. Les Établissements de Louis IX punissent de la même peine les complices et les auteurs principaux, et, par une rigueur étrange, ils infligent une peine plus grande aux femmes qui font société avec les criminels [1]. On retrouve cette assimilation des complices et des auteurs du crime dans une ordonnance du 22 décembre 1477, qui soumettait à la même peine le conspirateur, les agents qu'il fait mouvoir, et l'homme qui, instruit du complot, ne le révèle pas ; dans une ordonnance de mars 1515, qui inflige la même pénalité aux délinquants en matière de chasse et aux acheteurs de gibier pris en délit; dans une troisième ordonnance de décembre 1559, qui punit comme complices et d'une peine égale ceux qui ont *latité* un condamné ; enfin, dans l'ordonnance de 1670, titre 16, art. 4, qui *prohibe les lettres d'abolition pour les duels et les assassinats, tant aux principaux auteurs qu'à ceux qui les auraient assistés, ni à ceux qui, à prix d'argent ou autrement, se louent ou s'engagent pour tuer ou traquer, excéder, ni à ceux qui les auront loués ou indultés pour ce faire, encore qu'il n'y ait eu que la seule machination ou attentat, et que l'effet n'en soit ensuivi.* Néanmoins la jurisprudence des parlements modifiait cette rigueur, en appliquant les distinctions établies par les lois romaines et les docteurs [2].

Le Code pénal de 1791 continua cette règle sévère d'assimilation. Les rédacteurs de ce Code placèrent sur la même ligne et frappèrent d'une peine uniforme celui qui a provoqué le crime, celui qui a procuré au coupable les instruments ou les armes qui ont servi à le commettre, celui qui a aidé et assisté l'auteur dans les préparatifs ou l'exécution, enfin

1. On lit dans le § 32 : Fames qui sont avec meurtriers et avec larrons et les consentent, si sont à ardoir ; et si aucuns ou aucunes leur tenant compagnie, qui les consentissent, et ne emblassent rien, si leur feroit leu autrement de peine comme si eus l'eussent emblé.

2. *Voyez* Muyart de Vouglans, p. 10, et Jousse, t. 1, p. 17.

celui qui achète ou recèle sciemment les objets volés [1]. Cette disposition forma plus tard l'art. 60 de notre Code pénal.

273. Cependant les législateurs étrangers n'ont point adopté un système aussi absolu. La loi anglaise admet plusieurs distinctions : elle sépare d'abord les coopérateurs en principaux et accessoires (*principals and accessaries*). Les principaux eux-mêmes se divisent en deux classes : le principal *in the first degree* est l'exécuteur du crime ; le principal *in the second degree* est celui qui l'a aidé ou assisté dans l'exécution (*a person present aiding and abetting*). En général, la peine est la même pour les uns et les autres, notamment en matière de vol, de fausse monnaie, de faux ; cependant la peine capitale n'est applicable qu'aux principaux au premier degré ; elle se convertit en transportation à l'égard des autres [2]. Les *accessoires* sont les adhérents qui n'étaient pas présents à l'exécution. On distingue ceux qui ont prêté leur concours avant ou après l'exécution. Les *accessoires avant le fait*, c'est-à-dire ceux qui l'ont ordonné, conseillé ou préparé, sont punis comme les auteurs principaux, dans les cas de meurtre, de vol, de faux ; dans les autres crimes, ils sont punis soit de la transportation, soit de l'emprisonnement aux travaux de force. Les *accessoires après le fait*, c'est-à-dire ceux qui, sachant qu'un crime a été commis, reçoivent, assistent et recèlent les coupables ou les objets volés, ne sont punis que d'une peine inférieure, de la transportation s'il s'agit d'un meurtre, d'un emprisonnement de deux ans s'il s'agit d'un vol [3]. La loi pénale de l'État de New-York a à peu près conservé ces dispositions : les principaux au deuxième degré et les accessoires avant le fait sont punis comme les auteurs principaux au premier degré ; les accessoires après le fait sont punis d'un emprisonnement qui ne peut excéder cinq ans, ou d'une amende qui ne peut excéder 500 dollars [4].

1. C. P. 25 sept.-6 oct. 1791, tit. 3, art. 1.
2. Henry Stephen, Summary of the criminal law, p. 7 à 18 ; Blackstone, p. 14.
3. *Ibid.*
4. Revised statutes of New-York, tit. 7. art. 6.

M. Livinsgton, dans le projet du Code pénal de la Louisiane, sépare les auteurs principaux, les complices et les accessoires : il considère comme auteurs principaux ceux qui ont pris une part active quelconque à la consommation du crime ; comme complices, ceux qui ont donné l'ordre ou la commission de le commettre, qui ont promis leur concours, qui ont encouragé son exécution par leurs paroles ou l'appât d'une récompense, qui ont préparé les armes ou les instruments nécessaires pour l'accomplir ; enfin comme accessoires, ceux qui, instruits de l'exécution d'un crime, recèlent les coupables ou leur donnent des secours. La même peine atteint les complices et les principaux coupables. Les accessoires seuls sont punis d'une peine légère : leur action, suivant l'expression de M. Livingston, si elle n'est pas absolument vertueuse, tient de trop près à la vertu pour mériter la qualification de crime ; elle est exempte de toute peine lorsqu'elle est commise par l'époux ou les parents du coupable [1].

Le Code du Brésil sépare également les auteurs et les complices : les premiers sont ceux qui commettent les crimes, ou qui contraignent un autre à les commettre, ou le lui ordonnent ; les complices sont tous les autres individus qui concourent directement à leur exécution : les recéleurs sont considérés comme complices. Les complices sont punis des mêmes peines que les auteurs, moins un tiers de durée dans chaque degré ; la peine de mort est commuée à leur égard en celle des galères perpétuelles, et cette dernière en vingt ans de galères ou de prison [2].

Nous retrouvons encore la même distinction dans le Code pénal d'Autriche. La participation est directe ou indirecte : elle est directe dans celui qui a provoqué le crime, ou qui a prêté à son auteur aide et assistance dans l'exécution ; elle est indirecte de la part de celui qui, par un mandat, des conseils ou des instructions, ou son approbation, facilite le fait, ou donne occasion de le commettre, ou en procure les moyens.

1. Code of crimes and punishments, art. 59, 65, 66, 68 et 70 ; report on that Code.

2. Code criminel du Brésil, art. 4, 5, 6, 34 et 35.

Ceux qui n'ont participé qu'indirectement au crime sont punis d'une peine inférieure. Le recélé et l'assistance donnée au délinquant sont des délits distincts qui sont également frappés d'une peine différente ; toutefois ces sages distinctions cessent d'exister à l'égard des crimes de haute trahison : il suffit d'avoir eu connaissance d'un tel crime pour être considéré comme coauteur [1].

Les art. 102 et 103 du Code italien et les art. 66 et 67 du Code belge distinguent nettement les auteurs et les complices. Sont rangés parmi les complices ceux qui ont donné des instructions, ceux qui ont procuré des armes ou des instruments, ceux qui ont aidé ou assisté. Le Code belge punit les complices de la peine immédiatement inférieure à celle du crime; le Code italien les punit comme les auteurs principaux quand leur coopération a été telle que sans elle l'infraction n'eût pas été commise. Dans les autres cas, la peine est diminuée d'un à trois degrés. Les actes d'adhérence au fait, après sa consommation sont, dans la plupart des législations, l'objet de dispositions spéciales [2].

Nous ne suivrons pas plus loin cet aperçu des législations étrangères ; il doit suffire pour démontrer que tous les législateurs ont plus ou moins essayé d'introduire quelques différences entre les individus qui participent à l'exécution d'un crime. Remontons maintenant aux règles élémentaires de la matière, et tâchons de préciser les distinctions qu'il convient d'adopter ou de rejeter.

274. C'est uue proposition que nous ne chercherons point à

1. Code pénal général d'Autriche, art. 5, 6, 105, 106, 119, 120, 190.

2. * * Le Code pénal allemand met le complice *par instigation* ou provocateur sur la même ligne que l'auteur principal (art. 48) ; mais la peine est réduite pour le complice par assistance suivant les règles de la tentative (art. 49). On retrouve la même distinction et des dispositions analogues dans le Code pénal du Mexique et dans celui de Genève. Le Code pénal russe va plus loin : il punit les *meneurs* et les *instigateurs* de la peine la plus forte portée contre le crime ; quant aux autres complices ou *fauteurs*, ceux-là seuls sont punis de la même peine que les auteurs principaux dont la complicité était indispensable pour commettre le crime ; pour tous les autres, la pénalité s'abaisse d'un degré (art. 117 et suiv.)

démontrer, que la culpabilité de tous ceux qui coopèrent à un même crime peut n'être pas la même. Dès qu'un crime est commis par suite d'un complot, d'une association, d'un plan concerté, il est évident que chacun des complices y prend une part plus ou moins active, suivant son caractère et la nature du rôle qu'il est appelé à y remplir : celui-là, qui manifeste le plus d'audace, se charge du poste le plus périlleux ; celui-ci, qui éprouve plus d'hésitation, se contentera de veiller à la sûreté de ses associés ; un autre est entraîné sans comprendre la portée de son action ; un autre agit sous l'empire d'une provocation, d'une contrainte ; un autre, enfin, a pu donner des instructions pour l'exécution, mais sans y assister : tous ont concouru à accomplir le même crime, mais tous révèlent à l'observateur attentif des nuances plus ou moins tranchées, des différences plus ou moins vives dans le caractère de leur participation.

Nous avons déjà fait observer que le législateur n'est point astreint à apprécier la valeur morale de chacune de ces nuances, qu'il ne doit point une justice absolue, que les moyens dont il dispose sont incertains et limités, et que, dans le cercle même où elles sont enfermées, ses preuves restent souvent confuses et infructueuses. La mission de la loi doit se borner à remarquer les différences assez profondes pour entraîner des peines d'un degré différent ; c'est aux juges qu'il appartient ensuite de descendre à une appréciation plus intime, et de distribuer inégalement, soit entre les auteurs principaux, soit entre les complices d'un même crime, la peine égale dont la loi a dû les frapper. Il ne s'agit donc que de tracer les degrés principaux qui séparent les uns des autres les auteurs d'un crime ; nous avons dit que la stricte justice réclamait une telle distinction, ajoutons qu'un grave intérêt social l'exige.

« Lorsque plusieurs hommes, a dit Beccaria, s'unissent pour affronter un péril commun, plus le danger sera grand, plus ils chercheront à le rendre égal pour tous. Si les lois punissent plus sérieusement les exécuteurs du crime que les simples complices, il sera plus difficile à ceux qui méditent un attentat de trouver parmi eux un homme qui veuille l'exécuter,

parce que son risque sera plus grand en raison de la différence des peines [1]. » Et, en effet, les complices forment avec les auteurs du délit une sorte d'association. Convient-il de rendre égales pour tous les chances de l'entreprise criminelle ? On dirait, dans ce cas, ainsi que l'a remarqué M. Rossi [2], une loi suggérée par des malfaiteurs. L'intérêt de la justice est qu'il y ait des rôles principaux et des rôles secondaires : la distribution de ces rôles sera moins facile, les dissensions des associés plus fréquentes. Et puis, la répression est-elle plus assurée lorsque le législateur prononce une même peine contre tous les coopérateurs d'un crime ? N'est-il pas évident que l'injustice d'une telle assimilation a dû multiplier les acquittements, par l'hésitation des jurés à faire peser le niveau d'une peine égale sur des culpabilités si différentes ? Dans une juste mesure à l'égard de l'un des coupables, cette peine est énorme vis-à-vis d'un complice, et c'est l'exagération des peines qui conduit à l'impunité.

275. Mais quelles distinctions, quels degrés admettre dans la complicité ? Faut-il séparer, comme l'ont proposé quelques criminalistes, et pour les punir d'une peine inégale, la participation morale et la participation matérielle ? Doit-on, avec le législateur de la Louisiane. discerner les auteurs principaux, les complices et les adhérents après le fait ? Faut-il, comme le Code d'Autriche, distinguer une participation directe ou indirecte, immédiate ou secondaire ? Doit-on enfin, comme la loi anglaise et celle de New-York, ne tracer qu'une seule distinction entre ceux qui ont coopéré au crime d'une manière quelconque, et ceux qui, après le crime commis, y ont participé par recélé ou autrement ?

La distinction de la participation morale et matérielle ne paraît pas propre à devenir la base d'une différence dans la pénalité. Cependant quelques publicistes l'ont proposée ; ils ont considéré la participation morale, même la plus directe, comme purement accessoire et secondaire [3]. Ils allèguent que l'inven-

1. Des délits et des peines, édit. de 1856, p. 81.
2. Traité du droit pénal, p. 28 et suiv.
3. Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 365 et suiv.

teur d'un projet criminel, qui ne veut pas l'exécuter de ses propres mains, trouverait plus difficilement un agent pour cette exécution, si celui-ci savait qu'il va courir un danger plus grave que celui auquel l'instigateur s'expose. A cette raison politique, ils ajoutent que le rôle de l'agent qui, séduit par de l'or ou des promesses, se charge d'exécuter un crime, suppose le plus souvent une audace plus grande, une corruption plus éhontée, que celui de l'instigateur lui-même, qui peut agir sous l'empire des passions. A l'égard de celui-ci, la limite qui sépare le projet criminel du crime lui-même est incertaine et confuse : tout se borne à la déclaration verbale qu'il a donnée. L'agent qui a accepté la commission devient aussi coupable pour cette seule adhésion, et cependant il n'est puni qu'à raison de ses actes d'exécution. Et puis, il y a loin de la conception d'une entreprise à son exécution, de la parole à l'action : la parole est imprudente et légère ; l'action ne la suit qu'à pas lents, et médite avant d'éclater. L'instigateur et l'agent ne devraient donc pas être réunis dans le même châtiment [1].

Cette opinion pourrait difficilement être adoptée. Comment établir une régle absolue pour punir, dans tous les cas, l'homme qui a conçu ou combiné le crime, d'une peine inférieure à celle de l'agent qui l'a exécuté ? N'est-il pas plusieurs hypothèses où l'instigateur est plus coupable que ses complices ? Imaginez un homme qui commande à un enfant de s'armer d'une torche incendiaire, ou qui compte de l'or à un meurtrier évadé d'un bagne pour commettre un nouveau meurtre ; un père qui pousse son fils au crime ; un vieillard qui excite les passions d'nn jeune homme, et le dresse comme un instrument docile au forfait qu'il médite. Dans ces diverses hypothèses, la participation morale domine le crime ; la culpabilité de l'instigateur est la plus grave. Or, il suffit que ces deux sortes de participation ne soient pas, dans tous les cas, séparées par la même distance ; il suffit que l'une ou l'autre puisse alternativement être considérée comme la plus grave, pour que cette distinction ne soit pas de nature à justifier un degré particulier dans l'échelle pénale.

1. Carmignani, *ibid.*, p. 374 à 376.

276. Il faut remonter à un principe plus juste et plus vrai : la distinction d'une participation quelconque, *principale* et *secondaire*. La difficulté est dans la désignation des caractères de l'une et de l'autre participation.

On distingue, en général, trois sortes de coopération au crime : *avant* son exécution, *pendant* et *après* cette exécution.

Avant l'exécution, par commandement, par mandat, par instigation, provocation ou conseils, par concours dans les actes préparatoires du crime ;

Pendant l'exécution, par aide et assistance données à l'exécution ;

Après l'exécution, par approbation, secours donnés au coupable, partage ou recélé des objets volés.

Nous allons parcourir ces divers modes de participation, afin d'attribuer à chacun d'eux le caractère de participation principale ou secondaire.

277. On participe à un crime par l'*ordre* ou le *commandement* de le commettre.

Il est évident que celui qui ordonne un crime doit être considéré comme auteur principal de ce crime, puisque, suivant l'expression des docteurs, il en est la *cause prochaine* [1]. Aussi, dans l'ancien droit, il était de principe que l'ordonnateur et l'exécuteur du même crime étaient punis de la même peine [2]. Toutefois la loi romaine faisait une distinction : si celui qui donnait l'ordre avait autorité sur l'agent, il était puni comme auteur ; s'il n'avait aucune autorité, l'exécuteur seul était atteint. *Actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si jus imperandi habuit ; quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit* [3]. Le commandement, en effet, suppose l'autorité et l'obéissance ; si cette autorité n'existe pas, l'ordre n'a plus

1. On entendait par *cause prochaine* du crime celle sans laquelle le crime n'eût pas été commis ; et par *cause éloignée*, celle qui n'a exercé qu'une influence secondaire sur la perpétration. Farinacius, quæst. 130, n. 54 et 55 ; Julius Clarus, quæst. 90, n. 1 et 2.

2. Julius Clarus, quæst. 83 ; Farinacius, quæst. 135, n. 1er ; Coutume de Bretagne, art. 625 ; Ord. de Blois, art. 195 ; Ord. de 1670, tit. 16, art. 4.

3. L. 37, Dig. ad leg. aquil.

aucun poids, il cesse d'être la cause déterminante, *prochaine* du crime ; sa criminalité disparait avec sa puissance, ou du moins on ne doit plus le considérer que comme un mandat ou un conseil.

L'agent qui commet le crime en exécutant l'ordre qu'il a reçu doit-il être considéré comme *coauteur ?* L'affirmative est évidente. « Tous délits sont personnels ; en crime, il n'y a point de garant [1]. » Cependant la loi romaine avait élevé une exception à cette maxime en faveur des enfants et des esclaves, *si vel domino vel his qui vice dominorum sunt, veluti tutoribus et curatoribus, obtemperaverint* [2]. Dans ce cas l'exécuteur est regardé comme un instrument ; c'est la crainte ou l'obéissance qui l'ont fait agir : *Velle non creditur qui obsequitur imperio patris vel domini.* Cette règle a été suivie par le Code pénal, qui déclare, dans son article 64, qu'il n'y a ni crime ni délit lorsque le prévenu a été contraint par une force à la quelle il n'a pu résister. Nous renvoyons le développement de ce principe à notre chapitre 15, où nous examinerons la doctrine de l'obéissance passive.

278. On participe, en deuxième lieu, à un crime *par mandat*, en donnant des instructions pour le commettre, en faisant des dons ou des promesses pour déterminer l'agent. Le mandat diffère de l'ordre ou commandement en ce que le mandant n'a aucune autorité sur le mandataire ; c'est par l'appât d'une récompense qu'il provoque le crime. Ce mode de participation suppose deux agents parfaitement libres, deux contractants qui stipulent spontanément une convention criminelle. Mais il est évident que l'existence de cette convention doit être clairement établie pour que des poursuites pussent être dirigées contre le mandant ; car nous ne supposons pas, comme l'a fait M. Carmignani [3], que celui-ci puisse être inculpé sur une phrase imprudente ou équivoque. Il faut un consentement formel, il faut plus qu'un consentement : le mandat est une provocation directe au crime :

1. Loisel, Inst. cout., t. 8, tit. 1, max. 8.
2. L. 157 Dig. de. reg. juris.
3. Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 331.

il est nécessaire que cette provocation soit établie avec toutes les circonstances qui ont pu la rendre efficace. Ramenée à ces termes, la participation du mandant est-elle moins criminelle que celle de l'ordonnateur? A nos yeux elle est la même : l'un abuse de son autorité, l'autre se sert de moyens corrupteurs pour arriver au crime : tous les deux en sont également la cause ; ils doivent être rangés parmi les auteurs.

Mais doivent-ils subir la même peine que les exécuteurs? Nous avons reconnu tout à l'heure que la participation purement morale peut faire présumer en général moins d'audace et de corruption que l'exécution matérielle, et que l'ordre ou la commission de commettre un crime ne constitue en soi qu'un acte extérieur qui se confond même souvent avec le simple projet. Néanmoins nous pensons que la même responsabilité doit peser sur le provocateur et l'auteur matériel : si l'un a exécuté le crime, l'autre l'a conçu, l'a médité, a fait naître la résolution de l'exécuter ; il s'est servi de l'agent comme d'un instrument ; en lui donnant ses instructions, il s'est approprié ses actes, il en est responsable. L'intérêt social et la justice exigent que tous ceux dont la participation a été la cause déterminante du crime subissent la peine réservée à ce crime par la loi ; or, la provocation directe par ordre, mandat, dons ou promesses, quand elle a été suivie d'effet, rentre nécessairement dans cette catégorie [1].

Toutefois il est évident que la proposition du commettant, si elle n'est pas agréée, ne peut constituer qu'un acte préparatoire qui n'est pas de nature à faire l'objet d'une disposition pénale [2]. Si la proposition avait été agréée, et qu'elle fût ensuite révoquée, la solution est moins facile. Il faut distinguer si l'exécution du crime a été commencée, ou si elle ne

1. Si plures fecerint vel mandaverint, omnes tenebuntur. L. 8, C. ad leg. Jul. de vi publ. Si alius fecit, alius mandavit, ambo tenebuntur. L. 7, Dig. de juris, etc.

2. Farinacius, quæst. 135, n. 74; contrà, Menochius, de arbitr. jud., casu 360, n. 44.

l'a pas été ; dans le dernier cas, aucune responsabilité ne doit peser sur le provocateur, puisque le crime n'existe pas encore : il n'est coupable que d'une provocation qui est restée sans effet. Dans la première hypothèse, on doit distinguer encore : si le mandataire a eu connaissance de la révocation, le lien de la complicité s'est brisé, il est réputé l'unique auteur du crime [1] ; s'il ne l'a pas connue, le mandant demeure responsable du crime exécuté, car il en a été la cause volontaire ; il doit s'imputer les retards qu'il a mis à faire connaître son changement de volonté [2].

Une question plus difficile est de savoir si le mandant est responsable des faits du mandataire, lorsque celui-ci a excédé les bornes du mandat. Ainsi, par exemple, un homme a donné commission de frapper une personne, et les coups ont produit la mort ; un autre a donné la commission de commettre un vol simple, et ce vol a été exécuté avec des circonstances aggravantes : l'instigateur est-il tenu de toutes les conséquences de l'action criminelle ? Jousse [3] et Muyart de Vouglans [4] ne le pensent pas. Lorsque le mandataire, disent ces criminalistes, vient à excéder les bornes du mandat, comme si, par exemple, il avait tué celui qu'on l'avait seulement chargé de battre, il devrait être puni avec plus de rigueur que le mandant, qu'on peut dire, dans ce cas, avoir moins procuré la cause que l'occasion de l'homicide. M. Legraverend n'admet pas cette distinction, et professe l'opinion que dans tous les cas le mandant est responsable du crime avec toutes ses circonstances [5]. Nous ne croyons pas qu'on puisse sérieusement soutenir que le mandant est toujours et complétement responsable du fait du mandataire ; car si celui-ci s'est entièrement écarté du mandat, soit dans le choix des moyens, soit dans l'objet du

1. Les docteurs pensent que, dans ce cas, le provocateur est passible d'une peine inférieure. Menochius, eod. loc. ; Farinacius, quæst. 132, n. 6 ; Carerius, Prax. criminalis, quæst. 352, n. 81 ; Covarruvias, in Element., part. 2, n. 2, vers. 6.

2. Farinacius, quæst. 135, n. 183-185.

3. Traité de justice crim., t. 1er, p. 28.

4. Lois crim., p. 14.

5. Legraverend, t. 4, p. 137.

crime, comment imputer au mandant un fait qu'il n'a point voulu ? Il nous semble qu'on doit reprendre une distinction proposée par les anciens jurisconsultes : si le mandant a pu prévoir l'événement, si cet événement était la suite probable de la commission qu'il donnait ; par exemple, si cette commission avait pour objet de faire une blessure à quelqu'un, et que cette blessure se trouve mortelle, il doit répondre de ce résultat, il est coauteur du meurtre [1]. Mais si c'est un nouveau crime qu'il n'avait pas même imaginé, qui n'était nullement la conséquence naturelle du fait qu'il avait voulu commettre : comme si, par exemple, il avait chargé quelqu'un d'enlever une femme, et que celui-ci ait attenté à sa pudeur ; de séquestrer une personne, et que l'exécuteur ait soumis cette personne à des tortures et lui ait ôté la vie ; pourrait-on soutenir que le commettant peut devenir responsable de ces nouveaux faits, qu'il est coupable de viol ou d'assassinat ? Sa complicité se borne évidemment au rapt et à la séquestration ; les crimes postérieurs sont le fait personnel de l'agent, et l'on ne pourrait sans une flagrante injustice les lui attribuer.

Les jurisconsultes rangent, en général, dans la classe des auteurs principaux, ceux qui servent de médiateurs entre le mandant et le mandataire, en favorisant leur entrevue ou leur correspondance, en portant leurs lettres [2]. Cette décision est évidemment trop rigoureuse. Si ces agents ont connu le projet et y ont sciemment coopéré, cette coopération n'est cependant que secondaire, car elle n'a point été la cause déterminante et prochaine du crime.

279. On participe encore au crime par le *conseil* et l'*exhortation* de le commettre. Grotius cite une ancienne loi d'Athènes qui punit de la même peine que l'auteur celui qui avait conseillé de commettre un crime [3] ; plusieurs philosophes de l'antiquité regardaient même le conseiller comme plus coupable que l'auteur [4]. La loi romaine renferme sur ce point des textes

1. Farinacius, quæst. 135, n. 168 ; Julius Clarus, quæst. 89, n. 5.
2. Farinacius, quæst. 132, n. 41 ; 135, n. 14 ; Jousse, t. 1er, p. 26.
3. De jure belli et pacis, t. 2, p. 112.
4. Arist. Rhetor., lib., 1, cap. 7, p. 126. — * * Rappelons que le Code

contradictoires [1] ; les docteurs ne punissaient le conseiller de la peine même du crime que dans le cas où le conseil avait été la cause principale de ce crime [2].

Il faut remarquer d'abord qu'il ne s'agit ici que de ceux qui n'emploient ni autorité, ni dons, ni promesses pour exciter à commettre le crime : *consilium dare videtur qui persuadet, impellit atque instruit* [3]. De là cette distinction entre l'ordre ou le mandat et le conseil. Les premiers ont principalement pour but l'intérêt particulier de celui qui les donne, tandis que le conseil n'est censé avoir d'autre objet que l'intérêt de celui auquel il est donné : *consilium respicit gratiam et utilitatem delinquentis, mandatum mandantis* [4]. Carmignani critique cette distinction, parce qu'il lui paraît impossible qu'un individu puisse conseiller un crime sans y avoir un intérêt grave et personnel [5] ; il assimile en conséquence le conseiller et le mandant. Mais il reste toujours cette différence énorme entre les deux agents, que le dernier se sert de moyens corrupteurs pour entraîner la coopération de l'exécuteur, tandis que l'autre n'emploie que la persuasion de sa parole.

M. Rossi [6], embrassant l'opinion proposée par les anciens jurisconsultes, et répétée par Muyart de Vouglans [7], ne considère le conseiller comme passible d'une peine que dans le cas où le conseil, d'ailleurs *frauduleux* [8], a été la *cause* ou l'une des causes de l'action criminelle ; mais alors aussi il le considère comme codélinquant. Nous pensons également que le conseil et la suggestion qui n'ont exercé qu'une influence secondaire sur l'auteur du crime, qui n'ont point été l'une des

pénal russe punit les *meneurs* et les *instigateurs* de la peine la plus forte portée contre le crime.

1. L. 1, C. si rector provinciæ, et Instit, de oblig. quæ ex delicto nasc., § 11.

2. Julius Clarus, quæst, 88, n. 1er et 2 ; Bocrius, dec. 262 ; Farinacius, quæst. 129, n. 1er et suiv.

3. L. 50, Dig. de furtis.

4. Farinacius, quæst. 129, n. 8.

5. Teoria della leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 386.

6. Traité du droit pénal, t. 3.

7. Lois crim., p. 24.

8. Consilli non fraudulentis nulla est obligatio, l. 47, Dig. de reg. juris.

causes déterminantes de l'action, ne doivent être frappés d'aucune peine. Mais dans le cas même où le conseil a été suivi d'effet, où il a pu déterminer l'action, l'auteur de ce conseil doit-il être considéré comme auteur principal du crime ? Nous ne saurions l'admettre. Il existe une notable différence, aux yeux de la morale, entre celui qui à prix d'or achète le bras d'un assassin, ou l'arme en abusant de son autorité, et celui qui ne fait que suggérer l'idée d'un crime, ou qui y pousse par ses discours l'individu qui, tout en nourrissant la pensée, hésitait à le commettre. Dans les deux premiers cas, la puissance du provocateur est immense : seul, pour ainsi dire, il commet le crime ; l'agent n'est qu'un instrument entre ses mains. Dans la troisième hypothèse, au contraire, s'il approuve le crime, il n'y précipite le coupable ni par de corruptrices promesses, ni par l'abus de son pouvoir. Son impulsion n'a point le même entraînement pour l'exécution du crime ; elle n'a point la même gravité dans le fond de la conscience. Il nous paraît donc que l'instigateur et le conseiller doivent être punis, si les conseils et les instigations ont été la cause du crime, mais punis d'une peine inférieure ; qu'ils doivent même, dans ce cas, être considérés, non comme auteurs principaux, mais comme auteurs secondaires.

280. Les criminalistes distinguent encore une sorte de participation morale : c'est la participation négative de celui qui a connu le projet du crime, et qui ne l'a pas empêché ou ne l'a pas révélé. Toutefois ils n'hésitent pas à reconnaître que, dans le for intérieur, nul n'est obligé de révéler ou de prévenir le crime qui se prépare[1] ; mais ils établissent des exceptions à l'égard des crimes de lèse-majesté, et de ceux qui sont commis contre l'époux, le père ou le fils du prévenu[2] ; quelques-uns même ont voulu étendre cette exception au crime projeté contre un ami[3]. Cette règle avait passé dans notre ancienne législation : Louis XI punissait de mort celui

1. Julius Clarus, quæst. 87, n. 1er et 3 ; Menochius, de arbitrar. jud., casu 335, n. 7 ; Farinacius, quæst. 51, n. 7.
2. Boerius, dec. 262, n, 9 ; l. 6, Dig. ad leg. Pomp. de parric.
3. Farinacius, quæst. 51, n. 40, et 134, n. 91.

qui avait négligé de révéler un complot[1] ; Louis XIV rangeait dans la classe des complices les spectateurs accidentels d'un duel[2]. Cette incrimination se retrouve encore dans plusieurs législations modernes appliquée aux matières politiques. Elle se fonde sur une erreur évidente. Il est visible, en effet, que la non-révélation ne peut constituer un acte de complicité ; car l'inaction ou le silence n'aide ni ne provoque la perpétration d'un crime. S'il y a délit, c'est un délit *sui generis*. Tel est aussi le caractère que le Code de 1810 lui avait conféré. Les art. 103 et suivants de ce Code incriminaient le fait de non-révélation, mais comme un fait distinct et non comme un fait de complicité. Mais ces articles ont été retranchés par la loi du 28 avril 1832, par le motif que les pénalités qu'ils portaient donnaient à un devoir de patriotisme les apparences d'une obligation de police.

Quant à l'acte de n'avoir pas empêché le crime, on distinguait, dans le droit romain, entre celui qui avait pu l'empêcher sans danger personnel, et celui qui n'aurait pu y mettre obstacle sans courir ce danger ; le premier seul était puni : *Qui prohibere potuit, tenetur si non fecit*[3] ; *nullum crimen patitur is qui non prohibet, cùm prohibere non potest*[4]. Ces distinctions peuvent avoir quelque valeur dans le for de la conscience ; mais le législateur ne peut élever au rang des crimes l'inaction et la négligence : l'intention du crime est un élément de son existence.

281. Un mode de participation *avant le crime* est la participation qui se manifeste par *aide et assistance* dans les préparatifs. Les auteurs rangent dans cette catégorie les actes de ceux qui prêtent les armes, le poison, l'échelle, les instruments nécessaires pour commettre le crime, ou qui offrent leur maison pour l'exécution, ou qui indiquent la demeure de la victime, ou qui retiennent la personne menacée jusqu'à l'arrivée de l'auteur principal. Ces actes d'assistance suffisent.

1. Ord. de déc. 1477.
2. Ed. d'août 1679, art. 17.
3. L. 45, Dig. ad legem Aquiliam.
4. L. 109, Dig. de reg. juris.

sans nul doute, pour faire réputer leurs auteurs complices; mais suffisent-ils pour les faire considérer comme des auteurs principaux? M. Rossi se prononce pour l'affirmative : il considère comme *codélinquants* tous ceux qui, par un fait matériel quelconque, prêtent une aide pour l'exécution du crime [1]. Les anciens auteurs étaient moins absolus : ils distinguaient ceux dont l'assistance avait été la cause *prochaine* ou la cause *éloignée* du fait, et les premiers seuls étaient punis de la même peine que les auteurs; or les actes d'assistance que nous venons d'énumérer n'étaient point regardés comme une cause actuelle et déterminante du crime [2]. Et, en effet, il est évident que, sur le refus de cette assistance, les individus qui avaient résolu le crime se seraient procuré ailleurs d'autres armes, d'autres échelles, d'autres instruments. Il semblerait injuste de placer sur la même ligne le serrurier qui a fabriqué les fausses clefs et le voleur qui en a fait usage. Il y a là deux degrés bien distincts de criminalité : la justice doit mesurer deux peines.

282. Nous passons maintenant aux actes d'exécution. En général, les diverses législations s'accordent pour considérer comme coauteurs tous ceux qui ont coopéré à l'exécution du crime par un fait immédiat et direct [3]. M. Rossi ne fait lui-même aucune distinction dans cette classe de complices. Il range dans la même catégorie celui qui retient, celui qui égorge, celui qui soutient l'échelle, celui qui saisit l'objet du vol, celui qui force la serrure, celui qui pénètre dans la maison, celui qui, posté en sentinelle, surveille les approches, et enfin ceux qui, sans donner aucun secours, prêtent leur présence pour faire nombre et effrayer ; tous sont coauteurs, les uns d'un meurtre, les autres d'un vol avec escalade et effrac-

1. Traité du droit pénal, t. 3, p. 28 à 68. C'était aussi la décision de Gaïus : « Qui ferramenta sciens commodaverit ad efficiendum ostium, vel armarium, vel scalam sciens commodaverit, furti tenetur. » L. 54, § 4, Dig. de furtis.

2. Baldus, in l. 1, C. de nili agger. ; Farinacius, quæst. 130, n. 8 à 53; Jul. Clarus, quæst. 9, n. 90.

3. V. *suprà*, p. 429 et suiv.

tion. Nous croyons cependant que, même parmi les exécuteurs immédiats du crime, on peut trouver des degrés différents d'audace et de corruption, des nuances distinctes de criminalité.

C'est ainsi que les jurisconsultes ont successivement controversé la culpabilité, comme auteur principal, de celui qui fait le guet pendant l'exécution du crime [1], de celui qui garde les hardes ou les effets des auteurs dans le même temps [2], de celui qui surveille la voiture qui doit servir à la consommation du rapt, enfin de celui qui, présent à l'action, n'y a prêté cependant aucune assistance [3]. Ils faisaient en faveur de ces différents complices exception à la règle générale, et émettaient l'avis qu'une peine secondaire et même légère pourrait suffire à la répression de ces actes.

Et comment, en effet, penser que les huit ou dix complices qui prennent part à un assassinat ou à un vol à main armée soient tous également coupables, criminels au même degré; que les rôles qui se distribuent dans ce drame du crime exigent une hardiesse égale, une même énergie? La conscience n'aperçoit-elle pas quelque intervalle entre le meurtrier qui trempe ses mains dans le sang, et l'individu qui, repoussant cette horrible commission, se borne à une participation indirecte, moins peut-être pour commettre le crime que pour veiller à la sûreté des hommes auxquels le sort l'a lié? Ces hommes, soit par leur audace, soit par leur corruption, menacent-ils donc la société du même péril? Lui doivent-ils la même expiation?

283. Nous ne présentons point comme exemples d'une participation secondaire, dans un sens absolu, ces espèces citées par les criminalistes, du complice qui fait le guet, qui garde les effets, qui attend avec une voiture ou des chevaux. Il est évident que ces actes de participation cesseraient d'être secondaires, s'ils avaient été, non choisis, mais imposés par les complices, si ces divers postes avaient d'ailleurs un péril

1. Jousse, t. 1er, p. 23.
2. Farinacius, quæst. 130, n. 61, 39 et 40.
3. Muyart de Vouglans, n. 8; Jousse, t. 1er, p. 24.

égal aux postes principaux. Mais il suffit en général qu'un seul des actes de la participation matérielle à l'action du crime ne soit pas empreint du même degré de criminalité, pour détruire l'assimilation absolue de tous les actes que les criminalistes les plus distingués ont posée en règle. Aussi, nous n'avons pas compris comment ces criminalistes, après avoir rappelé cette observation de Beccaria, qui veut des échelons divers dans les peines, afin que les complices ne soient pas également compromis et qu'ils hésitent à se charger des premiers rôles, n'aient ensuite établi qu'une seule classe de coupables, parmi tous ceux qui, d'une manière quelconque, ont coopéré à l'action [1] ; n'est-ce pas méconnaître une théorie qu'ils avaient eux-mêmes préconisée ?

S'ensuit-il qu'il faille analyser un à un tous les actes de la participation à l'exécution du crime, pour discerner les nuances qui peuvent les séparer ? Une telle analyse serait impossible, et donnerait lieu à des erreurs plus injustes que l'injustice même du principe que nous repoussons. Le législateur doit se borner à distinguer, dans deux catégories, les actes de coopération et les actes d'assistance, en énumérant les caractères principaux de ces actes : tous les faits viendront naturellement se grouper dans l'une et l'autre de ces classes.

284. Nous arrivons aux faits de complicité qui sont postérieurs à l'exécution du crime : ces faits consistent dans les secours ou l'asile donnés aux coupables, dans le recel des instruments ou des objets volés, dans le partage de ces objets, dans le recel du cadavre de la victime, enfin dans l'approbation ou la ratification donnée à l'action.

Les secours donnés au coupable, avec la connaissance de son crime, ne peuvent être incriminés par la loi. On peut répéter avec la loi romaine : *Furtum non committit qui fugitivo iter monstravit* [2]. Mais l'asile qui lui est offert a un caractère différent, car il a pour but de dérober un malfaiteur au glaive de la justice sociale. Ce recel peut-il constituer un

1. M. Rossi, Traité du droit pénal, t. 3, p. 50.
2. L. 62, Dig. de furtis.

acte de complicité ? La loi romaine n'admettait aucun doute à cet égard : *Eos qui secum alieni criminis reos occultando eum eamve associârunt, par ipsos et reos pœna expectat*[1]. Or, on voyait dans le recel la présomption d'une association antérieure, et c'est cette association que l'on frappait. Les docteurs pensaient que la peine devait être moindre, si l'association n'était que postérieure à l'exécution[2] : mais la participation, soit principale, soit même accessoire, suppose des actes qui précèdent ou accompagnent l'action et qui en font partie. Sans doute, on peut se rendre coupable de faits postérieurs à un fait consommé, et qui s'y rattachent d'une manière plus ou moins directe ; mais ces faits ne constituent pas une participation à ce crime, et ne peuvent dès lors être punis comme des actes de complicité : telle est aussi la théorie consacrée dans les art. 248 et 259 du Code pénal. M. Livingston n'a fait que suivre le Code lorsqu'il n'a puni les recéleurs que d'une peine légère dans son Code de la Louisiane, et même quand il a ajouté que cette infraction, commise à l'égard d'un parent, pouvait être un acte de vertu. Une exception a toutefois été placée par notre Code à l'égard de ceux qui recèlent *habituellement* les malfaiteurs (art. 61), mais c'est parce que cette habitude fait présumer une association criminelle antérieure au délit.

La même règle s'applique au recel ou partage des objets volés : c'est un fait nouveau, un délit distinct, mais ce n'est pas un acte de complicité, car la complicité suppose necessairement une participation quelconque au crime ; or on ne peut participer à un crime qui est consommé. Le recéleur n'a qu'un but, c'est de tirer profit du crime ; mais, quand ce crime est devenu un fait accompli, comment le déclarer complice d'un meurtre par cela seul qu'au moment du recel il a su que les objets recélés étaient le fruit de ce meurtre ? « Un homme, a dit M. Rossi, un homme puni comme complice de meurtre parce qu'il en est informé ! Complice de meurtre,

1. L. 1, C. de his qui latron.

2. Paul de Castro et Baldus, in l. furtum, § 3, de furtis ; Barthole, *ibid.* ; Farinacius, quæst. 132, n. 75 et suiv. ; Jul. Clarus, quæst. 90, n. 9.

parce que dans sa cupidité il profite d'un crime qu'il n'est plus en son pouvoir d'empêcher ni de défaire! La fiction est forte, surtout lorsqu'on veut s'en servir pour envoyer un homme à l'échafaud. » Nous reviendrons tout à l'heure sur cette doctrine en expliquant les dispositions du Code pénal ; posons maintenant en principe que le recéleur d'une chose volée peut être un voleur, mais ne peut être considéré comme un assassin par cela seul que le vol a été accompagné d'assassinat ; le recel fait sciemment doit donc être puni, mais d'une peine inférieure et comme un delit distinct du crime [1].

Un dernier acte également réputé dans quelques legislations constitutif de la complicité, mais purement moral, est l'approbation donnée au crime. Les jurisconsultes ont beaucoup disserté à ce sujet ; ils étaient dominés par cet axiome de la loi romaine : *In maleficio ratihabitio mandato comparatur* ; d'où l'on déduisait la conséquence que la ratification était un acte de complicité comme l'ordre et le mandat. Quelques-uns cependant avaient limité l'application de cette règle au seul cas où le crime avait été commis par l'ordre ou d'après la commission de celui qui ratifiait [2] ; cette doctrine, plus spécieuse que solide, a été facilement combattue par M. Rossi [3] et M. Carmignani [4]. La loi romaine ne s'appliquait évidemment qu'aux intérêts civils, qu'à l'action en dédommagement au profit de la partie lésée ; mais, transportée hors de ces limites, la règle qu'elle pose serait d'une injustice évidente. Sans doute, la ratification pourrait être incriminée, si elle était accompagnée d'une récompense accordée au coupable, si elle contenait la preuve d'un ordre ou d'un mandat précédent donné pour commettre le crime ; mais, considéré en soi-même, cet acte ne peut constituer un acte de complicité, car il est étranger à la résolution et à l'exécution du crime. L'auteur de la ratification

1. V. dans le même sens, Carnot, sur l'art. 63, n. 6 ; Rossi, t. 3, p. 52 ; M. Haus, p. 200.

2. Farinacius, quæst. 235, n. 43 et 51 ; Julius Clarus, quæst. 87, n. 5 ; Covarruvias, in Elementis, cap. si furiosus, part. 2, § 1er, n. 5.

3. Loc. cit.

4. Teoria delle leggi della sicurezza, t. 2.

peut être taxé d'immoralité, mais on ne peut, par une fiction étrange, le faire coopérer aujourd'hui à un fait consommé hier. Enfin, on peut approuver un fait irrévocable, on peut en profiter, et toutefois on eût reculé peut-être devant l'idée de commettre ce fait au moment de son exécution. L'approbation ou la ratification ne peuvent donc, dans aucun cas, faire considérer leur auteur comme complice du crime.

285. Nous avons achevé de parcourir les principales espèces de participation au crime. En résumant les considérations qui precèdent, nous formulerons le système que nous avons essayé d'exposer.

Une justice rigoureuse exigerait que les divers coopérateurs d'un crime pussent être distribués en de nombreuses classifications, suivant toutes les nuances qui modifient leur culpabilité ; quelques criminalistes ont essayé cette division, et nous avons vu plusieurs législateurs former trois ou quatre catégories parmi les mêmes accusés. Mais ces distinctions, lorsqu'elles se multiplient, soit par des définitions qu'elles nécessitent, soit par la difficulté de saisir les différences qui les séparent, peuvent empreindre la loi de confusion et d'obscurité.

Il suffirait, suivant nous, de reconnaître que toute participation, qu'elle soit antérieure ou concomitante au fait, morale ou matérielle, est de deux espèces, *principale* et *secondaire*. Les coupables par participation *principale* seraient les auteurs : les coupables par participation *secondaire*, les complices. Les premiers seraient ceux qui auraient été la cause ou l'une des causes du crime ; les autres seraient ceux qui lui auraient prêté leur aide ou leur assistance, mais sans que leur concours en eût déterminé l'exécution.

On devrait considérer comme auteurs principaux ou coauteurs :

Ceux qui donnent l'ordre d'exécuter le crime à des personnes qui sont soumises à leur autorité ;

Ceux qui, à l'aide de dons, de promesses ou de menaces provoquent une autre personne à le commettre ;

Enfin, ceux qui participent d'une manière directe et immédiate à son exécution.

On devrait considérer comme complices :

Ceux qui provoquent au crime, mais sans employer les dons, les promesses et les menaces ;

Ceux qui ont préparé les armes et les instruments nécessaires pour le commettre, sans participer à son exécution ;

Ceux même qui participent à cette exécution, mais d'une manière indirecte où accessoire.

Enfin, on devrait considérer, non comme complices, mais comme coupables d'un fait nouveau, d'un crime distinct :

Ceux qui donnent asile aux coupables ;

Ceux qui sciemment recèlent ou partagent les objets volés.

Ces distinctions simples semblent suffisantes pour constater les principales nuances de criminalité qui se trouvent entre les divers coupables d'un crime. Les coauteurs seuls seraient punis de la peine infligée par la loi au crime ; les complices subiraient la peine immédiatement inférieure ; enfin, les adhérents après le crime, c'est-à-dire les recéleurs, seraient passibles d'une peine distincte, celle du vol, s'il s'agit du recel d'objets volés. Ainsi la mesure de la peine serait en rapport avec la gravité du crime, et cette gravité dépendrait de la culpabilité de l'agent et du mal causé par le délit.

A la vérité, les différences qui se révéleraient soit parmi les coauteurs, soit parmi les complices, soit parmi les divers recéleurs d'un même vol, échapperaient à cette distinction : la même peine pèserait sur chacune de ces trois classes de coupables ; mais cette injustice apparente disparaîtrait dans l'application du système des circonstances atténuantes. Ce système, admirable quand il se renferme dans la sphère qui appartient au jury, peut seul compléter la justice distributive en égalisant les peines d'après les inégalités nécessaires du crime ; inhabile à tracer les grandes catégories de la criminalité, parce que son exercice est capricieux et sans règle, il sait merveilleusement, au contraire, discerner et saisir les nuances qui éclatent dans tous les criminels de la même classe, parce que la décision se puise alors dans le fait lui-même, et non dans les motifs que le législateur peut seul comprendre et apprécier.

Telles sont les régles qui doivent résumer, suivant nous, la

théorie de la complicité. C'est à l'aide de ces premiers principes que nous allons examiner maintenant le système et les dispositions de notre Code pénal.

§ II. — *Système du Code.*

286. Le Code pénal distingue les auteurs et les complices; mais cette distinction, purement théorique, puisque les uns et les autres sont confondus dans le même châtiment, est peu importante dans la pratique.

L'art. 59 est ainsi conçu : « Les *complices* d'un crime ou d'un délit seront punis *de la même peine* que les *auteurs mêmes* de ce crime ou de ce délit... »

Tout le système du Code est dans cet article : c'est le niveau d'un même châtiment à l'égard de tous ceux qui ont coopéré au crime, quelle que soit la part de chacun d'eux, et soit qu'ils aient provoqué ce crime, soit qu'ils l'aient exécuté, soit qu'ils se soient bornés à en faciliter l'exécution ou à en recéler les produits. Ce principe d'uniformité, qu'aucune législation n'a admis avec autant de rigueur, domine le Code ; mais telle est l'injustice de cette disposition, que l'interprétation n'a pas craint de lutter contre ses termes, pour leur imposer quelques distinctions pleines d'humanité. Nous les examinerons tout à l'heure en parcourant les décisions de la jurisprudence ; bornons-nous à constater ici la régle générale et dominante, l'application d'une peine égale. M. Target disait, en résumant les principes du projet du Code : « Tous ceux qui ont participé au crime par provocation ou par complicité, méritent les mêmes peines que les auteurs ou coopérateurs. Quand la peine serait portée à la plus grande rigueur par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements, et ont consenti à toutes les suites du crime [1]. »

Toutefois cette règle, quelle qu'en soit l'étendue, a des

1. Observations sur le projet de Code criminel, par M. Target, Locré, t. 29, p. 32.

exceptions ; l'art. 59 en signale lui-même quelques-unes, en ajoutant : « Sauf les cas où la loi en aurait disposé autrement. »

L'orateur du gouvernement s'exprimait sur ce point en ces termes : « Presque toutes les parties du Code pénal indiquent des cas de cette espèce, et portent des dispositions pénales dont les nuances et les différences attestent qu'il est reconnu en principe que les peines à infliger aux complices peuvent n'être pas semblables. Ces exemples réunis à la disposition de l'art. 59 suffisent pour prouver que la loi nouvelle contient une grande amélioration sur ce point [1]. »

Les cas où la loi n'a pas frappé de la même peine les auteurs et les complices sont ceux prévus par les art. 63, 67, 100, 102, 107, 108, 114, 116, 138, 144, 190, 213, 267, 268, 284, 285, 288, 293, 415, 438 et 441 du Code pénal.

287. L'art. 60 considère comme complices ceux qui, par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices coupables, auront provoqué à une action qualifiée crime ou délit, ou donné des instructions pour la commettre.

L'exposé des motifs porte : « A l'énumération du Code de 1791, l'art. 60 du projet ajoute *les abus d'autorité et de pouvoir, les machinations et artifices coupables*, dont les effets sont aussi dangereux que le concours personnel des agents directs du crime. Le mot *ordres* inséré dans la loi de 1791 ne comprend point suffisamment les abus d'autorité et de pouvoir ; ceux-ci peuvent avoir lieu sans émaner d'ordres précis, et être colorés sous des prétextes spécieux dont il est possible de parvenir à découvrir et punir la connexité avec le crime commis. Il en est de même des machinations et artifices coupables, trop indirectement compris dans la classe des faits par lesquels l'exécution a été préparée et facilitée. Il est des combinaisons si éloignées, des machinations si compliquées, l'art et l'astuce ont tant de moyens de voiler leur action, que des juges et des jurés, quoique convaincus de leur existence,

1. Exposé des motifs, par M. Riboud ; Locré, t. 29, p. 273.

ne se permettraient pas de les prendre en considération, si la loi ne leur en a fait un devoir spécial[1]. »

Nous avons rangé nous-mêmes les provocateurs parmi les auteurs principaux du crime ; ce sont eux qui en ont conçu la pensée, ce sont eux qui en dirigent l'exécution, qui donnent l'impulsion criminelle. Lorsque cette impulsion n'est point restée stérile, lorsqu'elle a été assez puissante pour entraîner la perpétration, le provocateur doit être considéré comme un agent immédiat de l'action, comme un coauteur. Cette classification du Code paraît donc à l'abri de toute critique. Toutefois la dernière disposition, relative aux instructions données pour commettre le crime, a soulevé quelques difficultés que nous examinerons plus loin.

Le Code range dans la même catégorie : ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils devaient y servir. Or il est évident, et nous l'avons suffisamment établi plus haut, que le fait de fournir les instruments du crime ne peut constituer qu'une complicité secondaire. Il est impossible de ne pas apercevoir un degré bien tranché entre l'agent qui provoque ou exécute l'action criminelle, et celui qui, sans y participer personnellement, fournit les instruments nécessaires pour la commettre ; celui-ci n'est point la cause immédiate du crime, il n'y coopère que d'une manière indirecte : la loi qui le rend responsable de l'action au même degré que les auteurs principaux est donc injuste, puisque, dans l'un et l'autre cas, la participation ne suppose pas la même immoralité, et ne menace pas l'ordre social du même péril ; elle est impolitique, puisque en frappant tous les agents du crime, même les plus secondaires, d'une peine égale, elle tend à multiplier les auteurs principaux, c'est-à-dire les agents les plus dangereux pour la société.

Ces réflexions s'appliquent encore au paragraphe suivant du même article, qui classe également parmi les complices : « Ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée

1. Exposé des motifs, par M. Riboud ; Locré, t. 30, p. 273.

ou facilitée, ou dans ceux qui l'auront consommée. » Une profonde distance existe, et nous l'avons signalée plus haut, entre les actes qui préparent ou facilitent l'action et ceux qui aident à sa consommation : les premiers ne constituent qu'une participation indirecte ; les autres doivent, en général et sauf quelques exceptions, être classés dans la catégorie des actes principaux. Nous n'insisterons pas sur cette distinction, qui a été développée dans le premier paragraphe de ce chapitre ; il suffit de démontrer que le Code a confondu dans une même disposition deux degrés distincts de criminalité.

288. Enfin, l'art. 60 ajoute : « sans préjudice des peines qui seront spécialement portées par le présent Code contre les auteurs de complots ou de provocations attentatoires à la sûreté intérieure ou extérieure de l'État, même dans le cas où le crime qui était l'objet des conspirateurs ou des provocateurs n'aurait pas été commis. »

Cette disposition, en posant une exception au droit commun, établit implicitement une règle générale : c'est que la provocation même directe à un crime n'est incriminée qu'autant qu'elle a été suivie d'effet. L'exception regarde les matières politiques ; en ces matières, la provocation est punie, encore qu'elle n'ait produit aucun effet. Mais, alors même, le provocateur n'est point considéré comme complice ; c'est un délit distinct, c'est une peine inférieure. Cette importante distinction, empruntée au Code pénal, a été reproduite dans la législation de la presse ; consacrée par les art. 1 et 2 de la loi du 17 mai 1819, elle a été appliquée à la provocation non suivie d'effet aux crimes prévus par les art. 86 et 87 du Code pénal : l'art. 1er de la loi du 9 septembre 1835, qui punissait cette sorte de provocation, abrogé par le decret du 6 mars 1848, avait été repris par l'art. 1er de la loi du 27 février 1858, également abrogé aujourd'hui [1].

1. ** La provocation auxcrimes et délits est prévue actuellement par les art. 23 et 24 de la loi du 29 juillet 1881, lesquels sont ainsi conçus. Art. 23 : « Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans les lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des

289. Le Code n'a pas borné à ces classes la catégorie des complices. L'art. 61 est ainsi conçu : « Ceux qui, connaissant la conduite criminelle des malfaiteurs exerçant des brigandages ou des violences contre la sûreté de l'État, la paix publique, les personnes ou les propriétés, leur fournissent habituellement logement, lieu de retraite ou de réunion, seront punis comme leurs complices. »

Il est nécessaire de se reporter aux motifs de cette disposition. « L'art. 61, a dit l'orateur du gouvernement, remplira une lacune importante : désormais la classe dangereuse des individus dont l'habitation sert d'asile à des malfaiteurs, et qui leur fournissent habituellement logement, retraite ou point de réunion, sera assimilée aux complices. Si les malfaiteurs épars ne trouvaient point ces repaires où ils se rassemblent, se cachent, concertent leurs crimes, en déposent les fruits, la formation de leurs bandes et leurs associations seraient plus difficiles ou plus promptement découvertes : on ne peut les recevoir habituellement sans connaître leurs projets et leur conduite et sans y participer. »

Cette incrimination nous paraît fondée. En général, les actes

placards ou affiches exposés aux regards du public, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet. Cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'art. 2 du Code pénal. » — Art. 24 : « Ceux qui, par les moyens énoncés en l'article précédent, auront directement provoqué à commettre les crimes de meurtre, de pillage et d'incendie, ou l'un des crimes contre la sûreté de l'État prévus par les art. 75 et suiv. jusques et y compris l'art. 101 du Code pénal, seront punis, dans le cas où cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet, de trois mois à deux ans d'emprisonnement et de cent francs à trois mille francs d'amende. — Tous cris ou chants séditieux proférés dans des lieux ou réunions publics seront punis d'un emprisonnement de six jours à un mois et d'une amende de seize francs à cinq cents francs, ou de l'une de ces deux peines seulement. » — Transcrivons encore l'art. 25 : « Toute provocation par l'un des moyens énoncés en l'art. 23 adressée à des militaires des armées de terre ou de mer, dans le but de les détourner de leurs devoirs militaires et de l'obéissance qu'ils doivent à leurs chefs dans tout ce qu'ils leur commandent pour l'exécution des lois et règlements militaires sera punie d'un emprisonnement d'un à six mois et d'une amende de seize francs à cent francs.

postérieurs au crime ne peuvent être considérés comme des actes de participation, puisqu'on ne peut participer à un fait consommé. Mais il en est autrement si ces actes ont été concertés avant l'exécution ; car ce concert, formé entre les auteurs du crime et leurs adhérents, facilite l'exécution, en assurant à ceux-là un refuge contre les recherches de la justice, et un dépôt pour placer le fruit de leur crime. Or, ce concert se forme, par le fait même, entre les malfaiteurs et ceux qui *habituellement* leur fournissent le logement ou recèlent les objets volés ; car cette habitude est un lien, une sorte de contrat sur lequel les malfaiteurs comptent à l'avance et qui les engage à l'exécution de leurs projets criminels. Mais il faut bien remarquer que ce n'est pas le recèlement, mais l'*habitude* de recéler qui constitue la complicité.

C'est par une conséquence de ce principe que le Code n'a considéré que comme des délits spéciaux, qui ne sont punissables que d'une peine correctionnelle, ceux qui ont recélé des personnes qu'ils savent avoir commis des crimes (art. 248), et ceux qui ont recélé ou caché le cadavre d'une personne homicidée (art. 359) ; ce ne sont point là, en effet, des actes de participation, mais des délits distincts. Toute participation suppose des actes qui précèdent ou qui accompagnent l'action principale, ou qui en font partie.

290. L'art. 62 renferme une exception à ce principe : — « Ceux qui sciemment auront recélé, en tout ou en partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront aussi punis comme complices de ce crime ou délit. »

Il est évident qu'il faut faire ici la même distinction qu'à l'égard du recel des malfaiteurs. En général, il n'y a complicité, on le répète encore, qu'autant qu'il y a coopération immédiate et directe à l'exécution du crime, ou assistance prêtée pour cette exécution, telle que sans cette assistance le crime n'aurait pas été commis : or, un fait postérieur au délit ne peut établir la complicité, puisqu'il est impossible de prendre une part quelconque à un fait déjà consommé ; ainsi les secours donnés au coupable, le recèlement des objets enlevés à l'aide du crime ne sont point des actes de

complicité. Ces actes peuvent avoir une criminalité réelle, mais elle diffère totalement de celle du délit commis antérieurement [1]. Cependant il nous semble que, de même qu'à l'égard des recéleurs des coupables, il faut établir une exception pour le cas où il y a habitude, métier de recèlement; car cette habitude fait présumer un concert préexistant au crime entre les malfaiteurs et les recéleurs, et cette connivence, qui peut avoir facilité et même décidé l'exécution du vol, est un mode de participation qui peut constituer l'acte de complicité.

Au reste, le recélé défini par l'art. 62 ne s'applique pas seulement aux effets qui proviennent d'un vol ; le législateur a voulu effacer la limite tracée à cet égard par l'art. 3, tit. 3, du Code de 1791, en substituant aux expressions de cet article des termes généraux qui pussent embrasser tous les cas. « On enveloppe, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, tout ce qui est compris dans la loi de 1791 ; on élague ce qui est vague, et l'on dit beaucoup plus, puisque l'on exprime tout ce qui peut avoir été détourné ou obtenu à l'aide d'un crime ou délit quelconque. »

Néanmoins, à côté de la règle qui déclare complices tous les recéleurs de choses enlevées à l'aide d'un crime, la loi a placé l'exception : le législateur a été effrayé des conséquences de cette fiction, lorsque la peine principale doit être la peine de mort ou une peine perpétuelle. L'art. 63, dont la loi du 28 avril 1832 a encore adouci les dispositions, est ainsi conçu : « Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'il seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des tra-

1. Conf. Carnot, sur l'art. 63, n° 6 ; M. Rossi, t. 3, p. 44 ; M. Haus, t. 1er, p. 198.

vaux forcés à perpétuité et de la déportation; sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps. »

Ainsi, la loi distingue les cas où le principe de la complicité n'est point applicable aux recéleurs; elle établit une différence positive entre la peine du recélé *sciemment* fait, mais sans connaissance des circonstances aggravantes qui ont accompagné le vol, et celle du recélé qui a eu lieu avec cette connaissance. Ce n'est que dans ce dernier cas que le recéleur adhère aux aggravations du crime et de la peine; et toutefois, dans cette dernière hypothèse même, la peine des travaux forcés à perpétuité est substituée, dans tous les cas, à la peine de mort.

Mais cette atténuation seule indique que le législateur, tout en rangeant les recéleurs parmi les complices, ne leur reconnaît pas la même criminalité qu'aux auteurs du crime ; en les classant dans une catégorie distincte, il n'eût donc fait que développer cette pensée. Ensuite, ce qui est vrai pour le cas où l'auteur principal encourt la peine de mort ou une peine perpétuelle, est vrai pour tous les autres cas : c'est que le recéleur qui n'avait pas connaissance, au moment du recélé, des circonstances aggravantes dont le vol avait été accompagné, n'est pas aussi coupable que si ces circonstances avaient été connues de lui; on ne doit le considérer que comme recéleur d'objets provenant d'un vol simple. Et qu'importe que la peine principale soit perpétuelle ou temporaire? L'injustice de l'application de cette peine aux recéleurs ne provient pas de ce qu'elle est perpétuelle, mais de ce que la criminalité des recéleurs est moins grave que celle des auteurs principaux : la peine qu'ils encourent devrait donc être inférieure dans tous les cas, soit que la peine principale fût celle des travaux forcés à perpétuité, soit celle des travaux à temps ou de la réclusion.

291. Le système du Code pénal se résume donc dans une règle générale et uniforme : c'est la réunion de tous les participants à un même crime dans un même châtiment. S'il distingue les auteurs principaux et les complices, cette distinction n'a aucune influence sur la pénalité. Cependant cette règle n'est point absolue, plusieurs exceptions y ont été

complicité. Ces actes peuvent avoir une criminalité réelle, mais elle diffère totalement de celle du délit commis antérieurement [1]. Cependant il nous semble que, de même qu'à l'égard des recéleurs des coupables, il faut établir une exception pour le cas où il y a habitude, métier de recèlement ; car cette habitude fait présumer un concert préexistant au crime entre les malfaiteurs et les recéleurs, et cette connivence, qui peut avoir facilité et même décidé l'exécution du vol, est un mode de participation qui peut constituer l'acte de complicité.

Au reste, le recélé défini par l'art. 62 ne s'applique pas seulement aux effets qui proviennent d'un vol ; le législateur a voulu effacer la limite tracée à cet égard par l'art. 3, tit. 3, du Code de 1791, en substituant aux expressions de cet article des termes généraux qui pussent embrasser tous les cas. « On enveloppe, disait l'orateur du gouvernement dans l'exposé des motifs, tout ce qui est compris dans la loi de 1791 ; on élague ce qui est vague, et l'on dit beaucoup plus, puisque l'on exprime tout ce qui peut avoir été détourné ou obtenu à l'aide d'un crime ou délit quelconque. »

Néanmoins, à côté de la règle qui déclare complices tous les recéleurs de choses enlevées à l'aide d'un crime, la loi a placé l'exception : le législateur a été effrayé des conséquences de cette fiction, lorsque la peine principale doit être la peine de mort ou une peine perpétuelle. L'art. 63, dont la loi du 28 avril 1832 a encore adouci les dispositions, est ainsi conçu : « Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. Dans tous les cas, les peines des travaux forcés à perpétuité ou de la déportation, lorsqu'il y aura lieu, ne pourront être prononcées contre les recéleurs qu'autant qu'il seront convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi attache les peines de mort, des tra-

1. Conf. Carnot, sur l'art. 63, n° 6 ; M. Rossi, t. 3, p. 44 ; M. Haus, t. 1er, p. 198.

vaux forcés à perpétuité et de la déportation ; sinon ils ne subiront que la peine des travaux forcés à temps. »

Ainsi, la loi distingue les cas où le principe de la complicité n'est point applicable aux recéleurs ; elle établit une différence positive entre la peine du recélé *sciemment* fait, mais sans connaissance des circonstances aggravantes qui ont accompagné le vol, et celle du recélé qui a eu lieu avec cette connaissance. Ce n'est que dans ce dernier cas que le recéleur adhère aux aggravations du crime et de la peine ; et toutefois, dans cette dernière hypothèse même, la peine des travaux forcés à perpétuité est substituée, dans tous les cas, à la peine de mort.

Mais cette atténuation seule indique que le législateur, tout en rangeant les recéleurs parmi les complices, ne leur reconnaît pas la même criminalité qu'aux auteurs du crime ; en les classant dans une catégorie distincte, il n'eût donc fait que développer cette pensée. Ensuite, ce qui est vrai pour le cas où l'auteur principal encourt la peine de mort ou une peine perpétuelle, est vrai pour tous les autres cas : c'est que le recéleur qui n'avait pas connaissance, au moment du recélé, des circonstances aggravantes dont le vol avait été accompagné, n'est pas aussi coupable que si ces circonstances avaient été connues de lui ; on ne doit le considérer que comme recéleur d'objets provenant d'un vol simple. Et qu'importe que la peine principale soit perpétuelle ou temporaire ? L'injustice de l'application de cette peine aux recéleurs ne provient pas de ce qu'elle est perpétuelle, mais de ce que la criminalité des recéleurs est moins grave que celle des auteurs principaux : la peine qu'ils encourent devrait donc être inférieure dans tous les cas, soit que la peine principale fût celle des travaux forcés à perpétuité, soit celle des travaux à temps ou de la réclusion.

291. Le système du Code pénal se résume donc dans une règle générale et uniforme : c'est la réunion de tous les participants à un même crime dans un même châtiment. S'il distingue les auteurs principaux et les complices, cette distinction n'a aucune influence sur la pénalité. Cependant cette règle n'est point absolue, plusieurs exceptions y ont été

admises ; le recélé en offre un premier exemple : la peine fléchit à l'égard des recéleurs, bien qu'ils soient réputés complices par une fiction de la loi, lorsque cette peine est capitale ou même perpétuelle. Il est à regretter que cette exception ne soit pas descendue jusqu'aux peines temporaires. Du reste, une classification assez nette, en général, des différentes catégories des complices, tempère la sévérité du principe, en définissant les caractères principaux de la complicité, et en posant quelques sages limites aux incriminations.

Nous allons examiner maintenant l'application que ces diverses dispositions ont reçue dans la pratique.

§ III. — *Application des dispositions du Code.*

292. Le Code n'a point essayé de définir la complicité : mais doit-on lui en faire un reproche ? Il est rare qu'une définition, quelque précise qu'on la suppose, ne se prête pas à des interprétations qui l'entraînent hors de ses termes ; l'énumération qu'il a faite des différentes classes des complices, quoique défectueuse dans quelques parties, est la définition la plus claire et la plus simple de la complicité. C'est dans ces dispositions, où sont tracés les caractères constitutifs de chaque acte de complicité, qu'il faut découvrir les règles générales qui planent sur cette matière ; nous allons successivement les établir et en développer les conséquences.

Nous nous occuperons d'abord de la complicité par provocation, aide ou assistance, qui fait l'objet de l'art. 60. Trois règles principales nous semblent dominer l'application de cet article.

La première de ces règles est que les dispositions de la loi qui déterminent les circonstances constitutives de la complicité sont essentiellement limitatives. Cette règle est évidente par elle-même, car elle dérive de cette maxime, qu'en matière pénale on ne peut admettre aucune analogie. Elle résulte d'ailleurs du texte même de l'art. 60, qui ne procède point par voie démonstrative, mais bien d'une manière restrictive. Les circonstances qu'il énumère sont caractéris-

tiques de la complicité, élémentaires du crime ; et la Cour de cassation a toujours été fidèle à ce principe, en déclarant, par plusieurs arrêts, que la complicité est un fait moral qui ne peut se constituer que par les faits positifs et matériels que le Code pénal a déterminés [1].

293. De là plusieurs corollaires ; le plus immédiat, c'est que tous les actes qui ne rentrent pas essentiellement dans les termes précis de la loi pénale ne sont point des actes de complicité. Nous en citerons plusieurs exemples.

Ainsi, le simple conseil donné à un individu de commettre un crime doit-il avoir ce caractère ? Nous n'avons point à reprendre ici la discussion théorique à laquelle nous nous sommes livrés à ce sujet. Le Code pénal n'a point rangé *les conseils* parmi les actes de complicité. Soit que le législateur ait craint que cet acte ne laissât des traces trop fugitives, ou qu'il ne fût facile de le confondre avec des paroles irréfléchies, il n'en a pas fait mention : dès lors, nulle interprétation ne peut suppléer à ce silence ; et cet acte, quelque immoral qu'il puisse paraître, demeure à l'abri des poursuites. Ce point a été consacré par la jurisprudence [2].

La même solution s'appliquerait à la simple provocation de commettre un crime, lorsque cette provocation n'a point été faite par dons, promesses, menaces ou abus d'autorité [3]. Car, ainsi que la reconnu encore la Cour de cassation, « une simple provocation sans aucune des circonstances déterminées par la loi pour caractériser la complicité, ne suffit pas pour autoriser l'application des peines portées contre l'auteur du crime, et une pareille provocation n'est qualifiée crime ou délit par aucune loi [4]. »

1. Cass., 2 juill. 1813, Bull. n. 146 ; 28 juin 1816, Bull. n. 36 ; 5 fév. 1824, Bull. n. 21.

2. Cass., 24 nov. 1809, Bull. n. 170.

3. * * L'art 49 du Code pénal allemand, révisé par la loi du 26 février 1876 punit : « Quiconque aura engagé autrui soit à commettre un crime, soit à y participer, ou aura agréé une telle proposition. » Et le terme dont s'est servi le législateur de 1876 prouve qu'il n'est nullement nécessaire que la provocation ait agi ou pu agir sur la volonté comme cause déterminante.

4. Cass., 3 sept. 1812, Bull. n. 200. V. toutefois les lois des 17 mai 1819,

A plus forte raison, celui qui, sans avoir provoqué ni aidé le coupable à commettre le crime, a seulement facilité sa fuite par des moyens quelconques [1]; celui qui, présent à l'action criminelle, mais sans y participer, ne l'a toutefois point empêchée [2], ne sont point des complices; car, dans le premier cas, les secours donnés au coupable ne sont point des actes de complicité; et, en second lieu, « la complicité, ainsi que l'a déclaré la Cour de cassation, ne peut s'établir que sur des faits positifs, et non sur des faits négatifs. »

Enfin, il faut reconnaître, avec la même Cour, qu'on ne peut poursuivre comme complices, soit le maître d'un café où des violences ont été exercées, et par cela seul qu'il ne les a pas dénoncées [3], soit le commis ou l'associé d'un accusé de banqueroute frauduleuse ou de faux, en raison de leur seule qualité [4], soit enfin l'individu qui, présent au vol qu'il avait conseillé de commettre, mais sans y participer, a offert d'acheter la chose volée [5]. Toutes ces décisions ne sont que des applications du même principe.

294. Une seconde conséquence de notre première règle est qu'il est indispensable que les circonstances constitutives de la complicité, telles que l'art. 60 les a déterminées, soient déclarées par le jury; car, sans cette déclaration, la loi, qui a voulu restreindre dans cet article les faits élémentaires de cette complicité, serait incessamment éludée.

9 sept. 1833, et 27 fév. 1858. — * * Mais il a été jugé que la subornation de témoins est un fait délictueux *sui generis*, qui existe indépendamment des circonstances constitutives de la complicité spécifiée dans l'art. 60 C. p., par cela seul qu'il y a eu emploi de suggestions ou excitations dolosives adressées à des personnes appelées à déposer sous la foi du serment et de nature à les amener à faire des déclarations contraires à la vérité (Cass., 7 décembre 1883 ; S. 85, 1. 465, et la note). — V. aussi la loi du 29 juill. 1881, art. 23 et 24, *suprà*, p. 453, 454.

1. Cass., 29 prair. an V, Jurispr. gén., t. 3, p. 619.

2. Cass , 29 janv. 1807, Dalloz, t. 3, p. 619 ; 30 nov. 1810 et 13 mars 1812, Dalloz, t. 3, p. 642.

3. Cass., 14 déc. 1809, Jurispr. gén., t. 3, p. 643.

4. Cass., 11 fruct. an XIII, Bull. n. 197.

5. Cass., 29 janv. 1807, Jurispr. gén., t. 3, p. 609.

La jurisprudence, en général, s'est conformée à ce principe ; ainsi, la Cour de cassation a jugé que la déclaration complexe que l'accusé est *coupable de complicité du fait énoncé dans la question*, ne remplit pas le vœu de la loi [1]. Il est nécessaire que les faits d'où la complicité dérive soient précisés dans les questions soumises au jury et dans les réponses du jury. Il faut même, suivant quelques arrêts, que les faits qui révèlent l'intention criminelle soient rappelés dans ces questions [2]. Cependant il a été admis par un arrêt qu'il suffit que les caractères constitutifs da la complicité soient énoncés dans le résumé de l'acte d'accusation, et que, dans ce cas, la déclaration du jury que l'accusé est coupable de complicité du fait déclaré contre l'auteur principal, peut motiver une juste application de la peine [3]. Cette décision, isolée d'ailleurs dans la jurisprudence, ne doit point être suivie ; elle est une déviation évidente du principe qui veut renfermer les actes de complicité dans les termes de la loi pénale, puisqu'elle offre le moyen d'éluder ce principe ; elle présente ensuite dans son application un grand péril, puisque le jury, n'ayant plus sous les yeux, au moment de la délibération, les faits constitutifs de la complicité, pourrait être entraîné à faire dériver cette complicité de faits qui, aux yeux de la loi, n'auraient pas ce pouvoir. Il est aujourd'hui d'ailleurs de jurisprudence constante que les faits constitutifs de la complicité doivent être nécessairement constatés, puisqu'ils sont la condition de ce mode de culpabilité [4]. Ainsi, lorsque la question de complicité se réfère à une question précédente relative à l'auteur principal, l'irrégularité de cette question ou de la réponse

1. Cass., 2 juill. 1813, S.13.1.298 ; 3 mars 1814, S.14.1.113 ; 15 déc. 1814, S.15.1.87 ; 24 janv. 1818, S.18.1.131 ; 5 fév. 1824, S.24.1.288 ; 14 oct. 1825, S.27.1.43.

2. Cass., 28 juin 1816, Jurisp. gén., t. 3, p. 621 ; 5 fév. 1824, S.24.1.288 ; 20 juin 1835, Bull. n, 248 ; Journ. du dr. crim., art. 1645 ; 27 juin 1835, Bull. n. 261 ; 3 déc. 1835, Bull. n. 443 ; Jour. du dr. crim., 1836, p. 178, art. 1773 ; 21 janv. 1836, Bull. n. 21.

3. Cass., 26 mars 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 623.

4. Cass., 13 fév, 1851, D.53.5.101.— * * Cass., 5 janv, 1871 ; Bull. n. 3.

qui y a été faite se reflète sur l'autre et lui ôte son effet[1]. Ainsi encore, lorsqu'il peut résulter de la question posée au jury des doutes soit sur les éléments du mode de complicité déclaré constant[2], soit sur le mode de complicité affirmé par le jury, au cas où l'un des modes peut entraîner une modification de la peine[3], la position de la question vicie toute la déclaration[4].

Toutefois, il n'est plus nécessaire que les faits élémentaires soient déterminés, lorsque les accusés sont déclarés non point complices, mais coauteurs du crime ; car l'art. 60 ne s'applique point à la coopération comme auteur, mais aux faits extrinsèques au crime, et qui tendent seulement soit à arriver à sa perpétration, soit à la faciliter. Ainsi, lorsque deux accusés sont déclarés coupables d'avoir, ensemble et de *complicité*, commis un meurtre, ils sont par là même reconnus coauteurs du meurtre, et il n'est plus besoin de constater les faits caractéristiques de la complicité. Cette exception, qui dérive de la nature des choses, mais qui signale la nécessité de distinguer avec soin, même dans la pratique, les auteurs et les complices d'un crime, a été reconnue par plusieurs arrêts[5]. Toutefois le complice par assistance n'est pas nécessairement et dans tous les cas coauteur du délit, et, par conséquent, si le coauteur est réputé complice par aide et assistance, celui-ci ne doit être considéré comme coauteur, pour faire aggraver la peine, dans le cas, par exemple, de vol commis par deux personnes, qu'autant que son concours dans l'exécution même du vol est déclaré[6].

295. La règle qui exige la constatation des diverses circonstances constitutives de la complicité, reçoit une application particulière relativement à chacun des actes de complicité.

1. Cass., 12 janv. 1854, Bull. n. 9.

2. Cass., 1er mars 1855, Bull. n. 72.

3. Cass., 18 mai 1855, Bull. n. 164.

4. Cass., 6 oct. 1864, Bull. n. 238.

5. Cass., 31 juill. 1818, S.19.1.116 ; 19 janv. 1821, J. P., t. 16, p. 322 ; 24 mars et 30 déc. 1853, Bull. n. 110 et 111.

6. Cass., 31 janv. 1835, Bull. n. 46.

Il est nécessaire que nous la suivions dans ses différents rapports.

La provocation se manifeste par dons, promesses, menaces, abus d'autorité et de pouvoir. Si elle n'est pas accompagnée de ces circonstances, elle échappe à toute repression ; ou du moins si, dans quelques cas particuliers prévus par l'art. 102, C. pén. et par « les lois sur la presse », elle devient passible d'une peine, c'est comme formant un délit principal et distinct, et non comme un acte de complicité [1]. Il suit de là qu'il est indispensable que le jury déclare la circonstance qui peut seule en incriminer le caractère, puisque la simple provocation, libre de toutes circonstances aggravantes, ne constituerait ni crime, ni délit. La Cour de cassation a dû proclamer à deux fois cette nécessité [2]. Il a été reconnu toutefois que celui qui, sous forme de pari, s'engage à donner à un autre une somme d'argent pour le cas où celui-ci commettrait une action qualifiée délit, fait par cela même une promesse et provoque ainsi au délit [3]. On ne doit pas, au reste, perdre de vue que cette espèce de provocation suppose en général une supériorité de moyens, soit intellectuels, soit pécuniaires : ainsi l'on ne pourrait raisonnablement la supposer de la part d'un domestique envers son maître, d'un soldat envers ses chefs ; car ni le soldat, ni le domestique ne peuvent avoir exercé une influence suffisante pour déterminer le crime. Cette observation est de nature à lever beaucoup d'incertitudes sur les caractères de ce mode de participation. Il faut ajouter néanmoins que par l'abus d'autorité ou de pouvoir, la loi, qui n'a pas limité le sens de ces mots, entend par là même aussi bien l'abus d'une autorité toute morale que l'abus d'une autorité légale. Ainsi, dans une espèce où l'on soutenait que l'abus d'autorité ne devait pas s'entendre de l'ascendant illégitime résultant de l'état de concubinage dans lequel le demandeur avait vécu avec l'accusée principale, ce moyen a été rejeté, « attendu que la question de complicité par provocation, par

1. Cass., 16 nov. 1844. Bull. n. 376.
2. Cass., 14 oct. 1825, Bull. n. 203 ; 16 mars 1826, Jurisp. gén., 26.1.272.
3. Cass., 28 nov. 1856, Bull, n. 377.

abus d'autorité, était tout entière soumise à l'appréciation du jury ; que la solution affirmative qu'il a donnée à cette question est irréfragable et ne peut donner ouverture à cassation [1]. »

La provocation se révèle encore par des *machinations ou artifices coupables*. Or, il est d'abord hors de doute qu'il ne suffirait pas que l'accusé fût déclaré coupable d'avoir provoqué par des *artifices*, pour justifier l'application de la peine, car la loi n'incrimine que la provocation par artifices *coupables*. Ce point a été reconnu par la jurisprudence [2]. Mais cette qualification ne s'applique-t-elle qu'aux *artifices* ? Ne doit-elle pas se référer en même temps aux machinations ? En un mot, est-il nécessaire que les machinations qu'a employées la provocation soient déclarées *coupables* ? La Cour de cassation ne l'a pas pensé ; elle a établi une distinction entre les artifices et les machinations. Les premiers ne seraient coupables qu'autant qu'ils sont qualifiés tels ; les autres entraîneraient une présomption de criminalité qui rendrait superflue toute qualification [3]. M. Carnot a pensé, au contraire, que ces deux expressions ont le même sens ; que l'épithète *coupables* doit leur être appliquée à toutes deux pour caractériser une fraude condamnable ; et que si, dans l'art. 60, cette épithète ne se trouve qu'après le mot artifices, c'est pour éviter une répétition inutile. Cette dernière opinion nous paraît préférable. L'expression de *machinations* n'emporte pas avec elle une telle idée de criminalité, qu'il soit inutile d'y ajouter la qualification de *coupables* : les jurés seraient exposés à confondre de simples manœuvres avec des manœuvres criminelles ; et ces dernières seules peuvent être un élément de complicité.

296. Enfin, la provocation a lieu en donnant des instructions pour commettre l'action criminelle. Or, la complicité est-elle suffisamment caractérisée par la déclaration que l'ac-

1. Cass., 9 sept. 1839, Bull. n. 301.

2. Cass., 27 oct. 1815, Jurisp. gén., p. 626.

3. Cass., 15 mars 1816, Jurisp. gén., t. 3, p. 633 ; 19 oct. 1832, Jour. du dr. crim., 1832, p. 301.

cusé a donné les instructions? Nous pensons, avec M. Carnot[1], qu'il serait utile d'ajouter que l'accusé savait que les instructions *devaient servir au crime*. Cependant M. Dalloz[2] repousse cette addition, parce que la connaissance lui paraît résulter des instructions elles-mêmes, et il cite un arrêt qui toutefois ne décide point la question[3]. Cette question est tout entière dans les circonstances élémentaires du crime: il ne suffit pas d'avoir indiqué les moyens par lesquels on commettrait tel crime, pour qu'on puisse en être réputé complice; il faut que ces instructions aient été données en vue du crime qui va se commettre. et pour en faciliter l'exécution[4]. Dès lors, l'addition proposée par M. Carnot ne fait qu'exprimer la pensée de la loi.

Cependant il a été admis par la jurisprudence qu'une question ainsi posée au jury : « un tel est-il coupable d'avoir donné ou fait donner des instructions à telle personne pour commettre tel crime », est régulière. On objectait : 1° que cette question n'indiquait pas que ces instructions avaient été données avec connaissance ; 2° qu'elle assimilait le fait d'avoir fait donner les instructions au fait de les avoir données. La Cour de cassation a rejeté ces deux moyens : « attendu que le § 1er de l'art. 60, qui définit et fournit le genre de complicité consistant à avoir donné des instructions pour commettre un crime, n'exige pas, comme les dispositions subséquentes, qu'il soit dit que l'accusé de ce genre de complicité a agi avec connaissance, ou sciemment, ou sachant que ces instructions devaient servir à commettre un crime; et qu'en effet il eût été, pour ce cas particulier, très inutile de demander une telle explication, quand l'acte d'avoir donné des instructions pour commettre un crime et la déclaration que l'accusé est coupable de les avoir données ou fait donner, ne laissent aucun doute sur son intention criminelle ; qu'en second lieu, la question alter-

1. Comment. du Code pénal, t. 1, p. 189.
2. Jurisp. gén., v° Complicité, t. 3, p. 626.
3. Cass., 27 oct. 1815, Bull. n. 60. V. aussi Cass., 3 oct. 1857, Bull. n. 359.
4. Cass., 27 mars 1846, Bull. n. 82.

native d'avoir donné ou fait donner des instructions pour commettre un crime n'a rien d'irrégulier, parce que celui qui, affectant de ne pas se mettre en rapport direct avec l'auteur principal du crime, donne à un tiers les instructions nécessaires pour commettre ce crime, afin qu'il les transmette à celui qui doit le commettre, est aussi coupable que s'il les donnait directement, et qu'en réalité il les a toujours données [1]. »

Est-il nécessaire que les instructions données aient été accompagnées de dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir ? On doit répondre négativement. Le premier paragraphe de l'art. 60 renferme deux modes distincts de participation morale : la provocation par dons, menaces, etc., et les instructions données pour commettre le crime. Les instructions, comme on vient de le dire, supposent un projet arrêté, un concert préalable, et, pour ainsi dire, une provocation antérieure. Les circonstances qui rendent la provocation coupable ne peuvent donc s'appliquer aux instructions ; d'ailleurs la construction grammaticale de la phrase s'opposerait à ce rapprochement.

297. Aux termes du deuxième paragraphe de l'art. 60, on participe également à l'action en procurant des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, mais seulement avec la connaissance *qu'ils devaient y servir*. Il suit de là que, pour établir cette sorte de complicité, il est nécessaire de constater le concours du fait et de l'intention criminelle, intention qui ne peut résulter que de la connaissance qu'aurait eue l'accusé de l'emploi qui devait être fait des armes, instruments ou autres moyens de commettre le crime. On peut donc douter que la réponse du jury qui déclare l'accusé *coupable d'avoir fourni des instruments pour commettre le crime*, implique suffisamment la connaissance exigée par l'article 60 [2]. Si les termes de la loi ne sont pas sacramentels, ils doivent du moins être remplacés par des

1. Cass., 23 mai 1844, Bull. n. 179. — * * V. aussi, sur le premier point, Cass., 27 décembre 1872 ; Bull. n. 333.

2. Cas., 2 juin 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 159.

termes équipollents ; leur suppression enlève au crime l'un de ses principaux éléments. La Cour de cassation a consacré définitivement cette doctrine en déclarant « que le deuxième alinéa de l'art. 60 exige que les moyens soient fournis en sachant qu'ils *doivent* servir à l'action qualifiée délit, et qu'il ne suffirait pas de savoir qu'ils *peuvent* servir à une action ainsi qualifiée [1]. »

208. Enfin, la participation se révèle par l'aide ou assistance donnée aux faits qui ont préparé ou consommé l'action. Or, suffit-il de poser au jury la question en ces termes : « *L'accusé est-il coupable d'avoir, avec connaissance, aidé ou assisté l'auteur du crime dans les faits qui l'ont préparé ou consommé?* » Ou faut-il que la question énumère en outre les faits particuliers d'assistance qui ont préparé ou consommé le crime ? Ce dernier mode, qui n'est nullement contraire à la loi, offre à l'accusé une garantie nouvelle, en astreignant le jury à analyser les faits qui déterminent sa conviction ; mais il faut reconnaître en même temps que le Code ne l'exige point.

Au reste, la condition essentielle de toute complicité par assistance est la déclaration que l'accusé a agi *avec connaissance*. Si la question soumise au jury est muette sur cette circonstance, l'assistance, quels que soient les faits matériels qui la caractérisent, cesse de constituer soit un crime, soit un délit [2]. C'est d'après ce principe fondamental que la Cour de cassation a décidé qu'il ne suffit pas que le jury ait déclaré un accusé complice d'un vol en aidant ou assistant l'auteur de ce vol dans les faits qui l'ont préparé ou consommé : « Attendu, dit l'arrêt, que cette déclaration n'établit point que l'accusé ait aidé ou assisté *avec connaissance*, circonstance essentiellement constitutive de la criminalité, et que dès lors le fait déclaré constant ne constitue ni crime ni délit [3]. » Il

1. Cass., 18 mai 1844, Bull. n. 141.

2. Cass., 10 oct. 1816, Bull. n. 72, et 4 janv. 1839, Bull. n° 8 ; Journ. du dr. crim., 1839, p. 361, art. 2512 ; 13 juill. 1843, Bull. n. 175 ; Journ. du dr. crim., 1843, p. 230. art. 3407 ; 24 juill. 1747, Bull. n. 160.

3. Cass., 26 sept. 1822, Jurisp. gén., t. 3, p. 637 ; Cass., 16 juin 1827, Jurisp. gén., 27.1.421 ; Cass., 2 juin 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 159.

n'est pas indispensable toutefois que les mots *avec connaissance* soient exprimés, car ils ne sont pas sacramentels, pourvu qu'ils soient remplacés par des mots équivalents [1]. Ainsi, dans une espèce où il était constaté « que Georges était coupable de s'être rendu complice de Jacques, en l'aidant et l'assistant dans les faits qui ont préparé et facilité l'exécution du crime, et spécialement en lui procurant les moyens d'entrer et de se cacher dans la maison de la veuve Bordet, sachant qu'il ne s'y introduisait qu'avec le projet arrêté à l'avance de lui donner la mort et de la voler », il a été jugé qu'une telle constatation était suffisante [2].

Néanmoins la même Cour a créé une exception à ce principe en matière de viol : « Attendu qu'il est contre l'essence des choses de supposer qu'un accusé ait pu aider et assister les auteurs du viol dans les moyens de le commettre, sans qu'il sût qu'il prêtait aide et assistance pour commettre une action criminelle ; que de l'omission des mots *avec connaissance*, il est donc impossible de conclure que l'accusé n'est pas convaincu d'avoir agi dans des intentions coupables [3]. » Cette exception est-elle suffisamment justifiée ? Ne pourrait-on pas faire le même raisonnement à l'égard de tous les crimes commis avec des violences, et, par exemple, de l'extorsion de signature ? Même en matière de viol, les modes d'assistance sont-ils tellement uniformes, qu'ils doivent tous également supposer la connaissance du crime ? Il faut prendre garde d'enfreindre une règle générale dont la loi a voulu étendre la protection tutélaire à tous les accusés de complicité par aide et assistance. L'art. 60 n'a point fait d'exception : nous pensons qu'on n'en doit point créer. Il faut donc, pour que ce mode de complicité soit suffisamment constaté : 1° qu'il soit déclaré que des actes d'aide ou d'assistance à la prépa-

1. * * Il a même été jugé que, si l'aide et l'assistance doivent avoir été données avec connaissance pour constituer la complicité punissable, il suffit que cette circonstance soit implicitement constatée dans l'arrêt, sans qu'il soit besoin d'une déclaration expresse (Cass., 12 avril 1873 : Bull. n° 99).

2. Cass., 13 août 1835, Bull. n. 318.

3. Cass., 18 mai 1815, S. 15.1.398.

ration ou à la consommation du crime ont été commis par l'agent; 2° qu'en participant à ces actes, il avait connaissance de leur but criminel [1].

299. Nous passons à la seconde règle qui domine notre matière : c'est qu'il n'y a point de complices sans un fait principal à l'exécution duquel ils se rattachent. Cette règle, que la jurisprudence a souvent consacrée [2], résulte de la nature même des choses; car il est évident que s'il n'y a pas de fait principal, s'il n'existe point de crime, il ne peut y avoir de participation criminelle à ce fait, de complices de ce crime.

Ainsi l'amnistie, si on lui reconnaît le pouvoir d'abolir le crime, ne laisse point de complices; aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé que les complices des déserteurs, après une amnistie qui couvre la désertion, ne pouvaient être l'objet d'aucunes poursuites [3]. Mais il est clair qu'il en serait autrement si, à côté du crime de complicité de désertion, s'élevait un autre crime; par exemple, si cette désertion avait été favorisée par des gendarmes [4], car le fait principal serait l'abus fait par les gendarmes de leurs fonctions.

Ainsi, les témoins d'un duel ne doivent être passibles d'aucune peine, si le duel, nous essayerons de l'établir plus loin, ne constitue ni un crime ni un délit [5].

Ainsi enfin, le complice d'un suicide ne peut être puni, parce que le suicide n'est pas inscrit parmi les délits dans la loi pénale [6]; mais il faut prendre garde toutefois ici qu'on ne doit considérer comme acte de complicité de suicide que l'assistance donnée aux actes préparatoires, comme le fait d'avoir fourni les armes, instruments ou substances avec lesquels le

1. Cass., 27 mars 1846, Bull. n. 82; 14 mai 1847, Bull. n. 102. — ** V. toutefois l'arrêt du 22 avril 1873, cité *suprà*.

2. Cass., 7 vend. an VII, Bull. n. 16; 8 vend. an VIII, Bull. n. 18; 14 janv. 1820, Jurisp. gén., t. 3, p. 614; 29 sept. 1820, Bull. n. 128.

3. Cass., 6 janv. 1809, Jurisp. gén., t. 1er, p. 424.

4. Cass., 10 mai 1811, Jurisp. gén., t. 1er, p. 434.

5. V. sur ce point notre chap. *De l'homicide volontaire*.

6. Cass., 27 janvier 1815, Bull. n. 28; 16 nov. 1827, Bull. n. 284. — V. aussi notre chap. *De l'homicide volontaire*.

suicide a pu s'accomplir. Car il n'y a suicide proprement dit que lorsqu'une personne se donne elle-même la mort. Mais l'acte par lequel on donne la mort à une autre personne, même avec le consentement de celle-ci, n'est plus, à parler exactement, un acte de complicité de suicide. Nous examinerons, au chapitre *De l'homicide volontaire*, la qualification qu'une telle action doit recevoir [1].

300. Toutefois, si l'existence du fait principal est nécessaire pour la poursuite des complices, il importe peu que l'auteur de ce fait soit inconnu ou absent ; il suffit que le crime soit constant [2]. La fuite des auteurs principaux ne peut assurer l'impunité de leurs complices [3] ; il en serait de même s'ils étaient décédés avant les poursuites ; car ce décès ne saurait profiter aux complices et anéantir l'action publique à leur égard [4].

Si l'auteur principal n'est pas poursuivi, soit à raison de sa bonne foi, soit à raison de quelque privilège personnel, l'action publique peut-elle se diriger néanmoins contre les complices ? L'affirmative est évidente, pourvu que le motif d'excuse soit purement personnel, et que le fait matériel du crime principal ne cesse pas de subsister [5]. Ainsi, les complices

1. * * Du même principe, la Cour de cassation a déduit cette conséquence que le recel, n'étant qu'un mode de complicité du vol, ne peut plus être puni quand le vol est proscrit (Cass., 20 juin 1873 ; S. 73. 1. 345 ; D. 73. 1. 388 ; — 29 déc. 1882 ; Bull. n° 294). — Et la Cour de Toulouse, que les complices des personnes désignées dans l'art. 380 C. P. ne sont pas punissables (Toulouse, 27 avril 1877 ; S. 77. 2. 284). Rappelons toutefois que la loi fait à l'égard de ceux qui auraient recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés une exception, qui d'ailleurs confirme la règle.

2. Cass., 25 fév. 1843, Bull. n. 46.

3. Cass., 15 oct. 1825, Bull. n. 209 ; 19 août 1819, Bull. n. 97 ; 13 sept. 1827, Bull. n. 238 ; 34 sept. 1834, Bull. n. 314 ; 25 fév. 1813, Bull. n. 46. 24 sept 1852, Bull. n. 330 ; 29 janv. 1852, Bull. n. 42.

4. Cass., 4 juin 1835, n. 222.

5. Cass., 24 avril 1812, Bull. n. 106 ; 28 avril 1813, Bull. n. 85. — * * Mais en pareil cas, en l'absence de questions relatives à l'auteur principal, les questions concernant les complices doivent contenir à la fois les éléments constitutifs du délit et ceux de la complicité (Cass., 4 mars 1882 ; Bull. n. 62).

d'un vol commis par un fils à son père, quoique le vol soit couvert du voile de la loi, ne seraient pas moins tenus des peines du vol, s'ils en avaient profité [1], ou s'ils s'étaient associés comme coauteurs à sa perpétration [2]. C'était aussi la décision d'Ulpien : « *Item placuit eum qui filio, vel servo, vel uxori opem fert furtum facientibus, furti teneri, quamvis ipsi furti actione non conveniantur* [3]. » Il n'en serait plus ainsi du complice de l'enlèvement d'une mineure, dans le cas où le ravisseur a épousé la fille qu'il a enlevée ; car cette exception n'est point, dans ce cas, une exception personnelle au ravisseur ; c'est le mariage même contracté à la suite du rapt que la loi a voulu protéger, puisque l'art. 357 ne permet l'exercice de l'action criminelle qu'après que la nullité du mariage a été prononcée. Cette disposition s'applique donc non-seulement à l'auteur principal, mais encore aux complices de l'enlèvement, puisque toute poursuite relative au fait qui a précédé le mariage, même restreinte aux seuls complices, aurait pour résultat d'affaiblir le respect qui lui est dû et de porter le trouble dans la famille [4].

301. Mais si l'auteur principal, mis en cause avec les complices, a été déclaré non coupable, ceux-ci peuvent-ils être condamnés ? Cette question délicate semble devoir se résoudre par une distinction. Si l'acquittement de l'auteur prin-

1. Cass., 15 avril 1825, Bull. n. 78 ; 1er oct. 1840, Bull. n. 292 ; 31 janv. 1850, Bull. n. 40.

2. Cass., 12 avril 1844, Bull. n. 135 ; Cass., ch. réun., 25 mars 1845, Bull. n. 110. — * * La proposition est vraie pour les *coauteurs* d'une semblable soustraction, mais non pour les *complices*, et il résulte de l'art. 380 C. P. lui-même que ceux-ci ne sont punissables qu'autant *qu'ils ont recelé ou appliqué à leur profit tout ou partie des objets volés* ; par conséquent, tout autre acte de complicité n'est pas punissable ; et dès lors il n'est pas très-exact de présenter cet exemple comme la preuve que le complice est punissable quoique l'auteur principal ne le soit pas. La vérité est qu'il importe peu, pour la poursuite des complices, que l'auteur principal soit ou non puni, à la condition qu'il y ait un fait principal, crime ou délit, punissable ; or, précisément, dans le cas prévu par l'art. 380, il n'y a pas de fait principal punissable.

3. L. 36, Dig. de furtis ; l. 52, *ibid.*

4. Cass., 2 oct. 1852, Bull. n. 335.

cipal est motivé sur sa bonne foi, sur son ignorance du crime dont il n'etait qu'un instrument, il est évident que le bénéfice de cette exception toute personnelle ne peut s'étendre au prévenu de complicité. Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé, et avec raison, dans le cas de faux en écriture authentique, que, la non culpabilité du notaire n'empêchant pas le fait matériel d'exister, son acquittement n'est pas un obstacle à la punition des complices [1]. Toutefefois ajoutons que si le faux avait été commis par supposition de personnes et à l'insu du notaire, ce crime ne constituerait plus un acte de complicité du faux en écriture publique, mais un crime principal et distinct que l'art. 147 du Code pénal punit d'une peine inférieure. Cette distinction a été consacrée par plusieurs arrêts [2].

Il n'est pas nécessaire d'ailleurs que l'acquittement de l'accusé principal soit explicitement motivé ; la déclaration qu'il n'est pas coupable suffit pour écarter l'intention criminelle, mais n'écarte nullement l'existence matérielle du crime, lorsque les faits constitutifs de ce crime ne sont point effacés, Ainsi, nous lisons dans un arrêt : « qu'en matière criminelle, la question de culpabilité est une question complexe, embrassant à la fois la matérialité même du fait et l'intention criminelle de son auteur ; que ces deux éléments essentiellement distincts font au même titre l'objet du libre examen du jury ; que rien n'empêche que le jury, après avoir résolu négativement la question de culpabilité à l'égard de l'auteur principal du crime, résolve affirmativement la même question à l'égard du complice de ce même crime ; qu'il est incontestable en effet que ces deux réponses, loin d'être viciées par une contradiction quelconque, qui ne leur permettrait pas de produire leurs effets légaux, ont pour résultat de

1. Cass., 24 avril 1812 et 23 avril 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 611 ; 17 juill. 1825, S. 35.1.789, et Cass., 21 nov. 1839, Bull, n. 354 ; Cass., 27 nov. 1845, Bull. n. 348 ; 27 juill. 1846, Bull. n. 168 ; 3 nov. 1853, Bull. n. 525 ; 19 sept. 1856, Bull. n. 318.— * * V. aussi, en matière de banqueroute frauduleuse, Cass., 9 mars 1876 ; S. 76. 1. 188.

2. Cass., 21 juill. 1814 et 24 avril 1818, Jurisp. gén. t. 3, p. 611.

signaler la différence d'appréciation du jury envers les deux accusés, au point de vue de la criminalité de leurs intentions; d'où il suit que la déclaration de non-culpabilité à l'égard de l'auteur principal n'entraîne pas nécessairement une semblable déclaration à l'égard du complice [1]. » Toutefois, répétons que, pour que l'accusation conserve une base légale, il est nécessaire que les faits constitutifs du crime soient déclarés à l'égard du complice. Ainsi, par exemple, si l'accusé de faux témoignage est acquitté, il faut, pour que le complice par subornation soit reconnu coupable, que le fait d'une déposition mensongère soit contre le prévenu, soit en sa faveur, soit constant [2].

302. Mais si l'acquittement, au contraire, est motivé sur ce qu'il n'y a pas de crime, sur ce que l'accusation est dénuée de fondement, il serait contradictoire de condamner les complices. Nous citerons un arrêt de la Cour de cassation qui a consacré cette distinction. Dans l'espèce de cet arrêt, un huissier signataire d'un exploit argué de faux avait été déclaré non coupable; mais un prétendu complice de cet acte avait été condamné. La Cour déclara que l'acquittement de ce dernier était de plein droit, parce que, le faux n'ayant pu être commis que par l'officier ministériel dans l'exploit, la déclaration de non-culpabilité équivalait à la déclaration de non-existence du fait [3].

La même distinction doit encore être invoquée dans le cas d'absolution de l'auteur principal. « Celui qui provoquerait, a dit M. Merlin [4], un enfant ou un fou à commettre un homicide, ne pourrait profiter de l'absolution prononcée en faveur de celui-ci [5]. » Cela est évident, et il a été reconnu aussi, avec raison, que si l'absolution est motivée sur ce que l'auteur n'a agi qu'avec imprudence, le complice peut néanmoins

1. Cass., 8 vend. an VIII, Bull. n. 18.
2. Quest. de droit, vº Suppression de titres.
3. Cass., 3 sept. 1863, Bull. n. 241 ; 14 janv. 1864, n. 12.
4. Cass., 11 oct. 1839, Bull. n. 32.
5. ** Il n'y a pas, en pareil cas, absolution, mais bien acquittement (art. 64 et 66 C. P.). V. au reste *infrà*, nº 334.

être atteint par la peine, s'il a aidé, assisté ou provoqué l'action dans le dessein de nuire [1]. Mais si l'auteur principal n'a été absous que parce que le fait poursuivi, quoique répréhensible aux yeux de la morale, ne constitue ni crime ni délit, il est visible qu'aucune poursuite, qu'aucune peine ne pourraient être maintenue à l'égard des complices d'un tel fait [2].

303. La troisième règle de la complicité est relative à l'application de la peine, et se trouve textuellement dans l'art. 59: c'est que les complices sont punis des mêmes peines que les auteurs principaux. Il s'agit moins ici de tirer de faciles conséquences de cette règle générale que d'en expliquer le sens et la portée.

Remarquons, d'abord, que le principe qui est demeuré rigoureusement inscrit dans notre Code n'a plus les mêmes effets qu'il avait autrefois. Si le législateur, en premier lieu, a prescrit les *mêmes peines* pour les auteurs et les complices, il n'a voulu parler que du *même genre* de peines, et non de peines de la *même durée*; aussi la jurisprudence n'a-t-elle point hésité à reconnaître que la peine imposée au complice peut être plus longue que celle encourue par l'auteur du crime [3]. Mais aujourd'hui, et depuis le système des circonstances atténuantes, ce n'est plus le même genre de peines qni s'applique à l'un et à l'autre; deux degrés dans l'échelle pénale peuvent les séparer : l'un peut être puni des travaux forcés, l'autre d'un simple emprisonnement correctionnel. Nous avons dit plus haut que cette distance qui s'étend entre les auteurs et les complices d'un crime nous semblait devoir être mesurée, non par le jury, mais par le législateur lui-même. Ce que nous voulons constater en ce moment, c'est que la règle de l'art. 59, purement nominale, n'est plus rigoureusement appliquée dans la pratique [4].

Ce point a été nettement indiqué dans un arrêt qui déclare: « qu'il ne résulte pas de l'identité de peine que le juge qui

1. Cass., 20 fruct. an XII et 12 sept. 1812, Jurisp. gén., t. 3, p. 629.

2. * * Dans ce cas encore, il y a acquittement, et non absolution.

3. Cass., 9 juill. 1813 et 2 fév. 1815, Jurisp. gén., t. 3, p. 545; 22 janv. 1863, Bull. n. 27.

4. Cass., 19 sept. 1839, Bull. n. 301; 17 fév. 1841, n. 54.

l'applique soit obligé de l'appliquer avec égalité à l'auteur et au complice du crime, surtout lorsque la criminalité de chacun d'eux doit être par lui appréciée suivant qu'elle lui paraît plus ou moins grande, afin de le mettre à même de proportionner la peine au délit ; que les mêmes principes s'appliquent au cas où des circonstances atténuantes ont été déclarées par le jury en faveur de l'auteur principal et du complice, parce qu'alors la plus grande latitude accordée au juge dans l'application de la peine par l'art. 463 lui permet d'arriver à une proportion plus exacte encore entre le degré de criminalité et le châtiment suivant les circonstances particulières à chaque accusé. »

304. Cependant il est toujours important de connaître quelle est la peine qui menace et qui peut atteindre encore les complices, dans le cas où nulle déclaration de circonstances atténuantes n'est faite en leur faveur. L'art. 59 les punit de la *même peine* que les auteurs mêmes ; quelle est la valeur de ces mots ? Les complices sont-ils responsables des circonstances aggravantes qui ont accompagné le crime et qu'ils ont ignorées ? Doivent-ils supporter l'aggravation qui frappe l'auteur principal, par suite d'une qualité purement personnelle ? Ne doivent-ils, au contraire, être atteints que de la seule peine que la loi a décernée contre le crime auquel ils ont participé ? Pour arriver à la solution de ces questions, il nous semble qu'il faut distinguer si les circonstances aggravantes sont intrinsèques ou extrinsèques au crime, c'est-à-dire si elles font partie du crime lui-même, ou si elles dérivent au contraire de la qualité personnelle de l'un des auteurs principaux.

Sous l'empire du Code pénal de 1791, la jurisprudence ne déclarait les complices passibles de la peine qu'autant qu'ils avaient connu les circonstances intrinsèques du crime qui pouvaient motiver une aggravation. Ainsi, le complice d'un assassinat n'encourait la peine de mort que dans le seul cas où la question de la préméditation avait été résolue particulièrement contre lui[1]. Cette jurisprudence ne s'est point main-

1. Cass., 17 pluv. an XI, 18 vend. an X, 29 mess. an XIII, 20 nov. 1806, Juris. génér., t. 3, p. 631, 646 et 647 ; arr. contraire, 9 juill. 1846, Bull. n. 178.

tenue sous le Code de 1810. La Cour de cassation a constamment jugé, depuis la promulgation de ce Code, que la même peine doit frapper et les auteurs du crime et leurs complices, encore bien qu'il soit reconnu que ces derniers n'ont point participé aux circonstances aggravantes du crime, et même qu'ils les ont ignorées. Les principaux motifs de ces arrêts sont que l'art. 59 est général, et ne fait point dépendre son application de la participation qu'aurait eue le complice aux circonstances aggravantes du fait principal ; que l'art. 63 ne permet, d'ailleurs, de modifier la peine, lorsque les complices n'ont point eu connaissance des circonstances aggravantes, que dans le cas du recélé [1].

Quelques criminalistes ont attaqué cette jurisprudence ; on a dit : l'art. 60 ne déclare complices que ceux qui, avec connaissance, ont aidé ou assisté l'auteur de l'action. Or, est-ce avoir connaissance d'un action, que d'en ignorer les plus graves circonstances ? Est-ce agir avec connaissance, que de participer par une telle complicité à un crime, lorsqu'on a la ferme conviction qu'on ne participe qu'à un délit ? Pour la complicité, comme pour tout autre fait punissable, ce n'est pas la matérialité de l'action, c'est sa moralité qu'il faut apprécier [2]. « Enfin, il est certain que le défaut de connaissance absolue enlève toute culpabilité : ainsi, l'action d'avoir fait le guet pendant la consommation d'un vol cesse d'être punissable, si le jury déclare que l'accusé n'a point connu qu'il se commettait un vol pendant qu'il faisait sentinelle [3]. Il semble donc rationnel que le défaut de connaissance partielle de certaines circonstances qui aggravent la criminalité du fait principal, atténue la culpabilité des complices.

Nous voudrions pouvoir adopter cette interprétation, entièrement conforme à la théorie que nous avons développée au commencement de ce chapitre ; elle s'appuie sur ce principe fondamental de toute justice répressive, que la peine doit

1. Cass., 17 juill. et 26 déc. 1812, Bull. n. 169 et 175 ; 12 août 1813 ; Bourguignon, t. 3, p. 51.

2. M. de Molènes, *De l'humanité dans les lois crim.*, p. 547.

3. Cass., 4 mai 1827, Bull. n. 111.

être proportionnée à la gravité du délit. Mais le texte du Code permet-il de l'accueillir ? Ses termes sont précis : *Les complices seront punis de la même peine que les auteurs.* On objecte qu'il n'y a de complices par assistance que ceux qui ont agi *avec connaissance.* Mais que veulent dire ces dernières expressions ? Que les complices ont dû connaître le but de la nature de l'action à laquelle ils ont participé. La loi a-t-elle exigé qu'ils aient été informés de toutes les circonstances du crime pour en mériter la peine ? Ses termes ne permettent point cette distinction, et il suffit que l'art. 63 l'ait formellement autorisée vis-à-vis des complices par recélé, pour qu'elle soit implicitement repoussée à l'égard des autres complices. Tel est aussi le véritable esprit du Code. « Quand la peine, disait M. Target, dont nous avons déjà cité les paroles, serait portée à la plus grande rigueur par l'effet des circonstances aggravantes, il paraît juste que cet accroissement de sévérité frappe tous ceux qui, ayant préparé, aidé ou favorisé le crime, se sont soumis à toutes les chances des événements, et ont consenti à toutes les suites du crime [1]. »

305. Mais la question nous paraît toute différente, lorsque l'aggravation prend sa source dans une circonstance, pour ainsi dire, extrinsèque au fait, telle que la qualité de père, de fils, de tuteur, de domestique ou de fonctionnaire, qui peut appartenir à l'auteur principal. La Cour de cassation a maintenu dans cette hypothèse, comme dans la première, une règle uniforme : c'est que l'aggravation de peine qui résulte de la qualité d'un des complices doit s'étendre sur tous ; ainsi, et d'après cette jurisprudence, les complices d'un vol dont l'un des auteurs est domestique sont punis de la peine infligée au domestique infidèle [2] ; le faux commis en écriture authentique, avec le concours d'un fonctionnaire, entraîne sur tous les complices la peine portée par la loi contre ce seul fonction-

1. V. *suprà*, p. 450 ; et Cass., 9 janv. 1849, Bull. n. 8 ; 14 sept. 1854, Bull. n. 278. — ** V. aussi Cass. 2 août 1873 ; Bull. n° 217 ; — 29 mars 1877 ; Bull. n° 90.

2. Cass., 23 oct 1811, 23 déc. 1812, 8 juill. 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 650 ; 24 août 1827, Bull. n. 225.

naire[1]; le complice du fonctionnaire qui commet le délit de violation du secret des lettres est passible des peines spéciales édictées contre le fonctionnaire[2]; ceux qui ont aidé un père ou une mère dans les faits qui ont facilité un attentat aux mœurs sur la personne de leur fille, partagent la même peine qui atteint dans ce cas les parents[3]; le complice du crime d'avortement commis par une sage-femme est passible de l'aggravation de peine encourue par celle-ci[4]; enfin, les complices du fils qui a tué son père sont punis de la peine des parricides[5].

Une jurisprudence aussi inflexible, une règle aussi rigoureuse ne peut se justifier que par le texte formel de la loi. Mais ce texte ne soulève-t-il donc aucune incertitude ? Lorsqu'un crime est commis par plusieurs personnes qui y prennent une part égale, les coupables sont coauteurs et non complices. Or, dans ce cas, la qualité de l'un d'eux déterminera-t-elle l'aggravation à l'égard des auteurs ? L'art. 59 ne s'applique qu'aux complices relativement aux auteurs, et non aux auteurs entre eux. Faut-il, comme le veut la jurisprudence[6], considérer les coauteurs comme complices ? Il n'y aura aucune raison pour aggraver la peine de ceux-ci plutôt que pour atténuer la peine de ceux-là. Nulle disposition pénale n'inflige à plusieurs auteurs d'un crime l'obligation de subir l'aggravation qui peut être due à l'un deux. Or, si cette aggravation ne doit pas peser sur les coauteurs, les complices doivent-ils la supporter ? Ce que l'art. 59 a voulu dire, c'est que les com-

1. Cass., 9 fév. 1811 et 25 oct. 1813, Jurisp. gén., t. 3, p. 645, 22 janv. 1835, Jurisp. gén., 35.1.421.

2. Cass., 9 janv. 1863, Bull. n. 13.

3. 22 nov. 1818, Jurisp. gén., t. 2, p. 295.

4. Cass., 16 juin 1855, Bull. n. 214.

5. Cass., 3 déc. 1812, Jurisp. gén., t. 3, p. 623 ; 20 avril et 20 sept. 1827. Jurisp. gén., 27.1.407 et 431 ; Cass., 23 mars 1843, Bull. n. 66 ; 27 mars 1846, Bull. n. 32 ; 9 juin 1848, Bull. n. 178 ; 11 sept. 1851, Bull. n. 382 *bis* ; 24 mars 1843, Bull. n. 110 ; 30 sept. 1853, Bull. n. 491. — ** V. encore, dans le sens de cette jurisprudence : Cass., 23 août 1877 ; Bull. n° 201.

6. Cass., 9 juin 1848, Bull. n. 178 ; 11 sept. 1851, Bull. n. 1851 ; 24 mars 1853, Bull. n. 110 ; 22 janv. 1852, Bull. n. 28 ; 3 juill. 1864, Bull. n. 242.

plices seraient punis de la peine portée contre le crime même, c'est qu'ils seraient punis comme s'ils en étaient les auteurs. Telle est la traduction littérale d'une locution vicieuse, par cela seul qu'elle est trop vague. Ainsi, les circonstances inhérentes au fait, et qui en aggravent le caractère, doivent peser sur les complices, quoiqu'ils les aient ignorées, parce que leur participation les répute auteurs eux-mêmes de ce fait. Mais celles qui n'appartiennent point au fait, et qui n'aggraveraient point leur crime, même quand ils en seraient les auteurs, comment les en rendre responsables? Ces circonstances n'appartiennent point au crime ; elles n'entrent point non plus dans le calcul ordinaire de la peine ; elles dérivent de la seule qualité d'une personne ; elles sont personnelles, et l'aggravation qu'elles entraînent ne peut être étendue. Il est à remarquer que les orateurs du gouvernement, en exposant les motifs du Code, n'ont parlé que de l'aggravation résultant des circonstances concomitantes du fait, et nullement de celles qui dérivent de la qualité de l'un des auteurs. Et, en effet, n'y a-t-il pas une flagrante injustice à punir comme le domestique infidèle, comme le fonctionnaire dilapidateur, comme le fils parricide, le complice qui, en se rendant coupable d'un crime, n'a du moins trahi ni la foi d'un maître, ni les devoirs de ses fonctions, ni les sentiments les plus sacrés de la nature ? Si les devoirs de l'un et de l'autre n'étaient pas égaux, comment le crime peut-il être égal ?

306. Il serait impossible, au reste, d'appliquer l'art. 59 dans le sens littéral de ses termes. Car, si l'auteur et le complice devaient, dans tous les cas, être punis *de la même peine*, il faudrait que ce dernier profitât de l'atténuation que la qualité de l'auteur peut motiver, de même qu'il supporte l'aggravation qu'elle peut entraîner. Ainsi, lorsque cet auteur principal a moins de seize ans, l'atténuation de peine que son âge justifie devrait rigoureusement profiter à son complice. Cependant on ne l'a jamais prétendu, et la Cour de cassation a jugé avec raison que, dans ce cas, la peine du crime devrait être inflgée aux complices [1]. D'où il suit que,

1. Cass., 18 nov. 1824, Bull. n. 167 ; 21 nov. 1839, Bull. n. 354 ; 27 nov. 1845, Bull. n. 348.

dans cette hypothèse, cette Cour donne à ces mots de l'article 59 : *la même peine que les auteurs*, l'interprétation que nous lui donnons nous-mêmes : *la même peine que s'ils en étaient les auteurs*. Les complices ne doivent ni profiter des privilèges ou des circonstances atténuantes [1], ni souffrir des causes d'aggravation qui existent dans la personne de l'auteur principal : la loi a pu les considérer comme les auteurs du crime, mais elle n'a pu aller au delà, et les punir à raison d'une qualité qui ne leur appartient pas [2].

On reconnaît encore que si, l'auteur ou l'un des auteurs est en état de récidive, l'aggravation de cette position à son égard est toute personnelle, et ne peut atteindre ni les coauteurs, ni les complices [3]. Et, en effet, il serait absurde que l'aggravation qui puise ses motifs dans les habitudes dépravées d'un condamné, pût s'étendre à des complices dans lesquels aucune condamnation antérieure ne révèle les mêmes habitudes. Mais le même raisonnement a-t-il donc moins de poids lorsqu'il s'applique à la condition toute personnelle aussi du tuteur, du fonctionnaire, des père et mère ? Peut-on imputer au complice la perversité plus grande que ces agents ont manifestée en trahissant des obligations plus étroites ?

Enfin, on reconnaît que la peine applicable au militaire, à raison d'un délit commis sous les drapeaux, ne peut être étendue à son complice non militaire, « attendu que le caractère tout particulier de la législation militaire tient à la nature même des devoirs sur l'infraction desquels cette législation a disposé ; qu'en effet tous ceux qui sont sous les drapeaux contractent envers le pays des obligations d'un ordre spécial dont l'exact accomplissement importe à la discipline ; que

1. Cass., 20 déc. 1832, Bull. n. 503 ; 23 mars 1843, Bull. n. 66.

2. ** L'art. 50 du Code pénal allemand porte que les circonstances aggravantes personnelles auront effet *à l'égard de l'auteur ou du complice chez lequel elles se rencontrent*. — Même disposition dans l'art. 47 du Code pénal de Genève.

3. Cass., 3 juill. 1806, Jurisp. gén., 3.654, Bull. n. 107.

si, nonobstant cette indépendance des deux législations entre elles, on voulait, pour la qualification et la peine d'un délit militaire, lier par les règles ordinaires de la complicité le sort d'un complice non militaire au sort d'un auteur principal militaire, il en résulterait que le premier serait responsable d'une infraction pouvant ne pas avoir pour lui de raison d'être ou de raison d'aggravation, et passible d'nne peine dont la nature et la rigueur seraient pour le complice sans explication; qu'il en résulterait encore que le droit de jouir des circonstances atténuantes cesserait pour lui [1]. » Cette décision a été consacrée implicitement par les art. 197, 198 et 268 du nouveau Code militaire, qui définissent les cas exceptionnels où les complices non militaires peuvent être atteints par la loi pénale militaire. — Notre opinion est donc que la jurisprudence s'est en général écartée du véritable esprit de l'art. 59, qui n'a voulu, dans l'assimilation qu'il fait des complices et des auteurs, que punir les complices comme s'ils étaient eux-mêmes les auteurs du fait.

Au surplus, cette jurisprudence a admis que l'aggravation de peine qui descend de l'auteur principal au complice ne remonte pas du complice à l'auteur. C'est toujours la peine encourue par l'auteur que le complice doit subir, encore bien que celui-ci ait une qualité qui, s'il était l'auteur principal, donnerait lieu à une aggravation de la peine ; par exemple, s'il est fonctionnaire [2], attaché au service de la personne volée [3], ou fils de la victime [4], ou son ascendant dans les cas de viol ou d'attentat à la pudeur [5]. Mais, ici encore, il nous semble qu'en s'attachant trop au texte de la loi on en a méconnu l'intention : ce n'est point une égalité absolue dans la

1. Cass., 19 janv. 1856, Bull. n. 27. — ** *Adde* Cass., 22 août 1872 ; Bull. nº 225.

2. Cass., 23 mars 1827, Jurisp. gén., 2.395.

3. Cass., 29 mars 1827, Jurisp. gén., 27.1.397.

4. Cass., 27 avril 1815, Jurisp. gén., 3.653 ; Cass., en sens contraire, 15 déc, 1814; Jurisp. gén., 3.653 ; Cass., 21 mars 1844, Bull. n. 109 ; Journ. du dr. crim,, 1844, p. 77, art. 3533.

5. Cass., 2 oct. 1856, Bull. n. 326. — ** V. dans le même sens Cass., 5 octobre 1871 ; S. 72.1.255.

peine qu'elle a voulu établir, cette égalité serait injuste, soit que la peine du complice fût aggravée par suite de l'aggravation personnelle à l'auteur, soit qu'elle fût diminuée parce qu'on ne lui tiendrait pas compte de la qualité qui augmente sa culpabilité relative. La loi n'a fait qu'assimiler les complices aux auteurs, mais elle n'a point fait abstraction des circonstances qui peuvent modifier la position respective de chacun d'eux [1].

Enfin, il a encore été reconnu que si l'auteur principal, dont la qualité de notaire, de commis, d'officier ministériel, eût motivé l'aggravation de la peine, est acquitté, le complice est affranchi de cette aggravation, et ne peut encourir que la peine ordinaire du crime [2]. Cette dernière décision, que nous sommes loin de contredire, n'est peut-être pas cependant en harmonie avec le système de la Cour de cassation, qui veut en général, comme on l'a vu, que les complices soient punis de la peine applicable aux auteurs eux-mêmes.

§ IV. — *De la complicité par recélé des personnes et des choses.*

307. Nous passons maintenant aux règles relatives aux complices per recélé. On se rappelle qu'il existe deux espèces de recélé : celui des personnes, et celui des choses provenant du délit. Nous allons nous en occuper successivement.

Trois conditions sont nécessaires, aux termes de l'art. 61, pour que les recéleurs des personnes puissent être réputés complices. Il faut qu'ils aient connu la conduite criminelle des malfaiteurs ; qu'ils leur aient fourni volontairement logement, lieu de retraite ou de réunion, et cette volonté peut

1. ** Les faits de complicité n'ayant qu'une criminalité d'emprunt, celle du fait principal auquel ils se rattachent, la circonstance aggravante personnelle au complice ne saurait avoir d'influence sur la pénalité, à moins d'une disposition expresse de la loi, telle que celle de l'art. 50 du Code pénal allemand, cité *suprà*.

2. Cass., 24 déc. 1825, 20 sept. 1828, 19 juin 1829 et 22 juill. 1830, Jurisp. gén., 26.1.148, 28.1.424, 29.1.277, 36.1.327. — ** Il y a toutefois sur ce point des dissidences. Comp. Bertauld, XXIII[e] Leçon, p. 513, qui approuve cette jurisprudence, et Blanche, II, n[os] 61 à 68, qui la combat.

être imputée à la femme conjointement avec son mari[1]; enfin que ces secours aient été, non pas accidentels, mais habituels.

Cette dernière circonstance est surtout constitutive de la complicité, parce qu'elle suppose une connaissance particulière des crimes et une assistance prêtée pour les commettre : sans l'habitude de donner asile, il n'y a pas de crime. Il n'est pas besoin d'ajouter qu'il en est de même, si l'asile n'a pas été volontairement donné. Ce que la loi a voulu atteindre, ainsi qu'on l'a vu précédemment, ce sont les repaires où se rassemblent les malfaiteurs épars ; les individus qu'elle a voulu punir, ce sont ceux qui font métier de tenir ces lieux de retraite où se recrutent les associations criminelles.

M. Carnot émet l'opinion[2] que l'art. 61 ne s'applique qu'au fait de recevoir une association de malfaiteurs *faisant métier* de brigandages ou de violences, et non un rassemblement d'individus réunis pour commettre un crime isolé. Cette opinion, qui aurait pour effet de limiter singulièrement l'application de cet article, ne nous semble nullement justifiée par son texte. La loi n'exige point, en effet, comme condition de la complicité des recéleurs, que les malfaiteurs recélés forment une bande ou une association ; les mots *lieux de retraite* ou *de réunion* sont séparés par une particule disjonctive, et dès lors il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu *réunion* de malfaiteurs. Sans doute, l'asile donné à des individus réunis pour un crime isolé ne constituerait pas un fait de complicité dans le sens de l'art. 61 ; mais ce n'est pas parce que ces individus ne formeraient pas une association faisant métier de brigandages, c'est parce qu'il n'y aurait pas alors chez le recéleur *habitude* de fournir logement à des malfaiteurs. Ainsi, il ne nous paraît point nécessaire d'examiner ici, comme l'ont fait M. Carnot[3], et, après lui, M. Dalloz[4] dans quels cas il y a réunion, et de quel nombre de malfaiteurs elle doit se composer. Il y a

1. Cass., 23 mars 1854, Bull. n. 80: Dall. 54.5.171.
2. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 194.
3. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 194.
4. Jurisp. gén., 3.656.

complicité de la part des recéleurs dès qu'il y a habitude, et cette habitude peut se constituer aussi bien en donnant logement successivement à des malfaiteurs isolés qu'en fournissant un lieu de réunion à des bandes organisées. Au reste, M. Carnot fait remarquer avec raison que le fait de fournir la nourriture et autres secours aux malfaiteurs ne constituerait point la complicité prévue par cet article ; l'asile donné en est le seul élément. On doit ajouter que cette complicité n'atteint que le maître de la maison, car lui seul en dispose et peut lui assigner cette destination.

La loi déclare que les recéleurs seront punis comme complices. Mais de quels crimes ? Evidemment de ceux qui ont été commis pendant le temps de l'asile donné. Cependant il semble qu'on doit limiter leur responsabilité aux faits que cet asile a pu faciliter ou favoriser ; et elle cesse d'exister à compter du moment où l'asile a cessé [1].

308. Il reste à parler du recélé des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit.

La loi romaine qualifiait sévèrement les recéleurs : *Pessimum genus est receptatorum* [2]. Nous avons vu qu'elle les assimilait complétement aux voleurs eux-mêmes : *Crimen non dissimile est rapere, et ei qui rapuit, raptam rem, scientem delictum, servare* [3]. Nous ne rappelons cet ancien adage, que les docteurs avaient vainement tenté d'adoucir par d'ingénieuses distinctions [4], que parce que c'est ce principe même, transporté dans le Code dans toute sa nudité primitive, que nous allons expliquer.

En effet, la règle générale de cette matière est que le recélé fait sciemment de choses obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit est réputé un acte de complicité de ce crime ou de

1. V. dans ce sens Armand Dalloz, Dict. gén., v° Complicité, n. 191 ; *contrà*, Carnot, t. 1er, p. 194.

2. L. 1, Dig. de recept. Cette loi ajoute : Puniuntur atque latrones.

3. L. 9, C. ad leg. Jul. de vi.

4. Farinacius, quæst. 123, n. 11 ; Julius Clarus, quæst. 90, n. 9 ; Gomez, De delictis, c. 3, n. 16 ; Bartholc, Baldus et Paul de Castro, in. L. furtum, Dig. de furtis.

ce délit. Nous avons précédemment combattu cette fiction de la loi; il s'agit maintenant de faire connaître dans quelles limites elle s'exerce.

La connaissance que la chose recélée provenait d'un crime est la circonstance constitutive du recélé. Ainsi, ce recélé ne constituerait ni crime ni délit, s'il n'était déclaré par le jury ou les juges qu'il a été commis sciemment; la jurisprudence a sévèrement maintenu ce principe [1]. C'est ainsi qu'il a été jugé qu'il ne suffit pas, pour autoriser la condamnation de l'accusé de complicité par recélé, d'une déclaration portant qu'il s'est rendu *coupable* de recélé, mais qu'il est indispensable d'ajouter que le recélé a été fait sciemment [2]. En effet, le mot *coupable* ne se réfère qu'à l'action d'avoir reçu la chose volée, tandis que c'est uniquement la connaissance acquise que cette chose provient d'une soustraction frauduleuse qui constitue le recélé punissable. Toutefois il faut ajouter que le mot *sciemment* n'est point un terme sacramentel, et qu'il peut être suppléé par des expressions équivalentes, pourvu qu'elles aient la même valeur et la même signification.

309. La loi n'exige point que le recéleur ait profité de la chose qu'il a reçue; loin de là, elle place sur la même ligne, implicitement dans l'art. 62, et dans l'art. 380 explicitement, ceux qui ont *recélé ou appliqué à leur profit* les objets volés [3]. La circonstance que le prévenu du recélé a reçu en simple dépôt la chose volée, ou même en a payé le prix, n'altérerait donc nullement le caractère criminel du recélé [4]. La seule justification intentionnelle serait qu'il n'a recélé les objets que pour les remettre à leur véritable propriétaire; mais cette excuse rentrerait dans la question de la culpabilité [5]. Cepen-

1. Cass., 12 sept. 1812, 29 mai 1813, 28 sept. 1817, 12 janv. 1833, Jour. du dr. crim., 1833, p. 91 — ** V. aussi Cass., 4 avril 1878; Bull. n° 91; — 10 et 23 décemdre 1880; Bull. n°s 231 et 244.

2. Cass., 14 sept. 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 221.

3. Cass., 11 sept. 1818, Bull. n. 119.

4. ** Jugé que le créancier qui accepte en paiement de ce qui lui est dû des sommes qu'il sait provenir d'escroquerie ou de vol se rend complice par recel. (Cass., 16 décembre 1871; Bull. n° 182).

5. Cass., 27 pluv. an IX, Jurisp. gén., 3.637.

dant il est évident que les juges doivent porter une extrême attention aux preuves d'une complicité par recélé qui planerait sur un individu qui n'avait aucun intérêt au crime, car il n'est pas à présumer qu'on veuille assumer la responsabilité d'un crime sans en profiter.

M. Carnot soulève la question de savoir si la connaissance du crime, qui constitue le recélé punissable, doit précéder le moment où la chose a été reçue [1], et il se prononce pour l'affirmative, en se fondant sur l'art. 63, qui n'est qu'un corollaire de l'art. 62, et qui ne prononce certaines peines contre les recéleurs qu'autant qu'ils ont eu, *au temps du recélé*, connaissance des circonstances aggravantes du crime. Cette interprétation, que ce texte appuie en effet, nous semble également devoir être adoptée ; car il y a peut-être moins d'immoralité dans celui qui, déjà chargé d'un dépôt, ne le rend pas lorsqu'il découvre sa source criminelle, que dans la personne qui connaît à l'avance le crime et se charge d'en céler les produits. Celui-ci adhère volontairement au crime. l'autre n'y donne qu'une adhésion forcée en quelque sorte par sa position précédente. Il ne suffirait donc pas, à notre avis, que l'accusé eût conservé la chose depuis qu'il a appris qu'elle était le résultat d'un vol, pour être passible des peines du recélé ; il faudrait qu'il fût constaté qu'il a connu ce vol au commencement même où il a consenti à en devenir dépositaire [2].

1. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 196.

2. * * Cette interprétation nous paraît très-exacte, et on peut ajouter que, en droit civil, le caractère de la possession s'apprécie au moment où elle a commencé (art. 2269, 2279) : pourquoi en serait-il autrement en droit pénal ? — Cependant la Cour suprême a consacré la solution contraire dans son arrêt du 10 août 1878 ; Bull. nº 187 ; S. 78.1.385. Cet arrêt allègue « qu'à la différence du vol, acte instantané, qui, d'après la définition même de la loi, implique simultanéité de l'intention frauduleuse et de l'appréhension de la chose d'autrui, le recel pouvant se prolonger pendant une durée indéterminée, il suffit, pourqu'il tombe sous l'incrimination de la loi, que le vice inhérent à l'objet recélé ait été connu du recéleur à un moment quelconque de la période pendant laquelle il en est resté détenteur. » — Mais ce motif nous semble plus affirmatif que démonstratif. V. dans le sens de la jurisprudence : Blanche, II, sous l'art. 62 nº 151 ; — Le Sellyer, *De la criminalité et de la pénalité*, II, nº 413.

La Cour de cassation a décidé que le fait de s'être approprié les deniers provenant d'un vol, après avoir été chargé de les recueillir dans une cachette par l'auteur du vol, constitue le recélé punissable [1]. Il eût été plus rationnel de voir dans un tel fait les caractères d'un nouveau vol ; car son auteur avait moins pour objet de dérober à la justice les effets qu'il recueillait, que de se les approprier frauduleusement.

310. La femme qui recèle les effets volés par son mari doit-elle être réputée complice ? La Cour de cassation a jugé l'affirmative [2]. Cependant la femme devant obéissance à son mari, et étant obligée d'habiter avec lui, est-il juste et moral de la punir d'une peine infamante pour avoir recélé *dans la maison conjugale* des objets volés par son mari seul ? Ne peut-on pas penser qu'en recélant ces objets elle n'a voulu que soustraire des pièces de conviction qui exposeraient celui-ci à la vindicte publique, qu'elle n'a fait que remplir un devoir de piété conjugale ? Le motif sacré qui a dicté l'art. 248, par lequel l'époux qui a recélé son époux accusé d'un crime est exempté de toutes peines, ne peut-il pas être invoqué ? La femme devra-t-elle donc dénoncer son mari, sous peine d'être considérée comme un complice ? Toutefois nous ne saurions admettre avec quelques auteurs que l'état de femme en puissance de mari rende une accusée incapable d'être déclarée coupable de recélé d'effets détournés par celui-ci [3]. Les dispositions des art. 217 et 1421 du Code civil ne sont point applicables aux matières criminelles ; elles règlent la constitution civile de la société conjugale, et non la responsabilité légale que peuvent encourir, pour crime ou délit, les époux, non comme époux, mais comme individus. Mais alors du moins il ne suffit pas que les objets volés par le mari soient déposés dans la maison maritale, pour que la femme puisse être accusée de recélé ; il est nécessaire qne les objets aient été recélés par elle-même,

1. Cass., 7 fév. 1834, Journ, du dr. crim., 1834, p. 77.

2. Cass., 13 mars 1821, Bull. n. 134, et 14 octobre 1826, Bull, n. 207.

3. Legraverend, Lég. crim., t. 1er, p. 246 ; Bourguignon, Jurisp. des Codes crim., t. 3, p. 67.

sciemment et volontairement, circonstances qui rentrent surtout dans l'appréciation du jury [1].

311. La règle posée par l'art. 62 reçoit une modification en matière de banqueroute frauduleuse ; l'art. 597 du Code de commerce ne déclare en effet complices que « les individus qui sont convaincus de s'être *entendus* avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ». Or, on doit conclure de cette disposition que le fait isolé de recélé ne constitue pas la complicité, et qu'il faut que ce recélé ait été le résultat d'un concert frauduleux entre l'auteur du fait et son complice. Cette exception à la règle générale a été reconnue par plusieurs arrêts [2].

Mais cette jurisprudence a dû se modifier après la promulgation de la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes. Deux innovations principales ont été introduites par cette loi. L'une consiste dans une modification apportée à la complicité par recélé : cette modification a été nettement expliquée par un arrêt qui déclare « qu'avant la loi du 28 mai 1838 la complicité de banqueroute frauduleuse, en ce qui concerne les faits de détournement d'actif, consistait, suivant la définition de l'ancien art. 597 du Code de commerce, à s'entendre avec le banqueroutier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles ; qu'ainsi elle ne pouvait résulter que d'un concert avec le failli ; que, par une conséquence nécessaire, l'acquittement du failli accusé d'avoir détourné une partie de son actif ne permettait pas de déclarer coupable celui qui était accusé de s'être entendu avec lui pour opérer ce détournement, ces deux décisions étant contradictoires et inconciliables ; que la loi de 1838, dans son art. 593, a remplacé par des dispositions différentes celles de l'ancien art. 597 ; qu'il suffit aujourd'hui, en ce qui concerne les détournements, que les biens meubles ou immeubles du failli aient été soustraits ou recélés dans son intérêt pour que l'auteur de ces soustractions ou recélés encoure les peines

1. V. en ce sens Cass., 23 mars 1854, Bull. n. 80.

2. Cass., 22 janv. 1830 et 17 mars 1831, Journ. du dr. crim., 1830, p. 160, et 1831, p. 183.

de la banqueroute frauduleuse, sans que la loi exige qu'il y ait eu concert à cet effet entre lui et le failli [1]. » Il n'y a donc de complicité par recélé, en matière de banqueroute frauduleuse, qu'autant qu'il est constaté que le recélé a eu lieu dans l'intérêt du failli [2], qu'il y ait ou non participation criminelle du failli [3]. Si le recélé n'a pas été commis dans l'intérêt du failli, il est assimilé par l'art. 594 du Code de commerce au vol et puni des peines du vol ; si le détournement a été commis avec effraction, il rentre, et par conséquent le recélé, dans les termes de l'art. 381 [4]. Ce n'est, au reste, qu'en ce qui concerne la complicité par recélé que la loi nouvelle a innové ; quant aux autres modes de complicité de la banqueroute frauduleuse, la loi s'est purement et simplement référée à l'art. 60 [5] : les seules conditions de l'application de cet article sont : 1° que la qualité de commerçant soit reconnue au failli [6] ; que les éléments de la complicité légale soient constatés [7].

312. Les recéleurs étant réputés complices du crime, il s'ensuit que la même peine qui frappe les auteurs doit les atteindre : ainsi, le recéleur d'objets soustraits par un vol qualifié peut être poursuivi par la voie criminelle [8] ; et, si ces effets ont été escroqués à l'aide d'un faux, il doit être puni comme le faussaire [9]. Il n'est pas même nécessaire que les recéleurs aient connu les circonstances aggravantes du crime pour devenir passibles des peines qui motivent ces circonstances ; il suffit qu'ils aient su que les effets provenaient d'un crime [10] ; ainsi il

1. Cass., 2 mai 1840, Bull. n. 125.
2. Cass., 18 mars 1852, Bull. n. 97 ; 13 janv. 1854, Bull. n. 9 ; 21 déc. 1854, Bull. n. 352.
3. Cass., 3 juin 1843, Bull. n. 131.
4. Cass., 13 mai 1841, Bull. n. 144.
5. Cass., 21 déc. 1854, Bull. n. 352 ; 9 fév. 1855, *ibid.*, n. 38.
6. Cass., 18 oct. 1842, Bull. n. 282 ; 21 déc. 1837, *ibid.*, n. 436.
7. Cass., 6 oct. 1854, Bull. n. 494.
8. Cass., 7 fév. 1834, Dall. 34.1.182.
9. Cass., 16 mai 1828, Dall. 28.1.247.
10. Cass , 25 juin 1812, 10 juill. 1817, 22 août 1819, Jurisp. gén., 3.663. — * * *Adde* Cass., 2 août 1873 ; Bull. n° 217 ; — 29 juin 1876 ; Bull. n° 150.

serait inutile de poser au jury la question de savoir si l'accusé avait, au temps du recélé, connaissance des circonstances aggravantes [1], et la peine prononcée contre l'auteur principal devrait lui être appliquée dans le cas même où le jury aurait déclaré qu'il n'avait pas connaissance de ces circonstances [2], pourvu d'ailleurs que leur existence soit constatée [3].

313. Mais ce principe a des exceptions. La loi a reculé devant son application, lorsque la peine de l'auteur principal est la peine de mort ou une peine perpétuelle : comme si la nature de la peine pouvait modifier l'injustice de la règle ; comme si la même raison qui repousse l'égalité de la peine entre les auteurs et les recéleurs, quand cette peine est capitale ou perpétuelle, ne la repoussait pas également quand cette peine n'est que temporaire !

La première exception est relative à la peine de mort. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation avaient jugé, avant le Code pénal, que le recéleur d'un objet provenant d'un vol accompagné de meurtre n'était pas passible de la peine de mort, attendu qu'en recélant l'objet volé le recéleur se rend coupable de meurtre et non d'homicide [4]. Depuis le Code, plusieurs Cours d'assises persistèrent dans cette jurisprudence ; mais, la Cour de cassation ayant cessé de la maintenir [5], la question fut portée en référé au Conseil d'État, qui décida, par un avis, approuvé le 18 décembre 1813, que, lorsqu'un vol a été commis à l'aide ou par suite d'un meurtre, les personnes qui ont recélé les effets volés, avec connaissance du meurtre qui a précédé le vol, doivent être considérées comme complices du meurtre. Il est sans objet de nous arrêter à faire remarquer l'excessive rigueur de cette décision qui, par une terrible fiction, suppose dans le recéleur une participation à des actes, à des circonstances qu'il n'a connus que depuis le crime et au moment du recélé. La loi du 28

1. Cass., 25 fév. 1819, Jurisp. gén., 3.667.
2. Cass., 22 mai 1817, Jurisp. gén., 3.666, et 22 juin 1837, Bull. n. 151.
3. Cass., 31 août 1854, Bull. n. 272.
4. Cass., 17 frim. an IX, Bull. n. 9.
5. Cass., 12 avril 1813, Bull. n. 193.

avril 1832 a implicitement abrogé cet avis du Conseil d'État par cette disposition, qui forme le premier paragraphe de l'art. 63 : « Néanmoins la peine de mort, lorsqu'elle sera applicable aux auteurs des crimes, sera remplacée, à l'égard des recéleurs, par celle des travaux forcés à perpétuité. »

314. Une deuxième exception est relative à la peine des travaux forcés à perpétuité et à celle de la déportation ; aux termes du deuxième paragraphe du même art. 63, elle ne peuvent être, dans tous les cas (et par conséquent dans le cas même où la première de ces peines est substituée à la peine de mort), appliquées aux recéleurs qu'autant qu'ils sont convaincus d'avoir eu, au temps du recélé, connaissance des circonstances auxquelles la loi les a attachées ; sinon, ils ne subissent que la peine des travaux forcés à temps. Il est donc nécessaire que le jury, dans l'une et l'autre hypothèse, s'explique formellement sur cette connaissance des circonstances aggravantes au moment du recélé ; il ne suffirait plus alors d'énoncer que le recélé a été fait sciemment [1]. Toutefois il n'est peut-être pas inutile de rappeler que l'existence du crime principal est la condition essentielle du crime de recélé. Si donc l'auteur principal était, soit acquitté, parce que la soustraction n'aurait pas été faite avec intention de nuire, soit absous, parce que cette soustraction, d'après les circonstances intrinsèques, ne constituerait ni crime ni délit, la criminalité du recélé s'effacerait aussitôt [2], C'est l'application de la règle que nous avons posée précédemment, et d'après laquelle il n'y a de complices que là où il existe un fait principal ; mais cette règle reçoit ici une plus étroite application, puisqu'aux termes de l'art. 62, le recélé n'existe qu'à l'égard des choses enlevées *à l'aide d'un crime ou d'un délit.* C'est par suite de ce principe qu'il a été jugé que le recélé commis en France par des Français, d'objets provenant d'un vol commis à l'étranger au préjudice d'étrangers, ne peut être l'objet d'une poursuite criminelle en France, parce qu'un vol de cette espèce ne peut être poursuivi en France aux

1. Cass., 21 mai 1812, Jurisp., gén., 3.664.
2. Cass., 7 vend. an VII, Jurisp. gén., 2.383.

termes des art. 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, que le recélé fait sciemment des objets volés se rattache nécessairement au vol et ne peut exister sans lui, et qu'enfin les tribunaux français seraient incompétents pour appliquer aux recéleurs les mêmes peines que les lois étrangères auraient infligées à l'auteur principal [1].

315. La fiction qui répute le recélé acte de complicité du vol reçoit encore une autre limite qui dérive de la nature même des choses. En effet, la loi n'a pu faire que ce fait ne fût postérieur au vol, qu'il n'en fût indépendant; elle n'a pu l'assimiler à l'assistance, à la coopération. De là plusieurs corollaires. En premier lieu, le fait de la complicité forme, en général, une circonstance aggravante des crimes et des délits, parce que l'association qu'elle suppose imprime à ces délits et à ces crimes un caractère plus grave. Or, cette circonstance cesse d'être aggravante lorsque les deux complices sont, l'un l'auteur du crime, l'autre le recéleur; car il ne résulte nullement d'une telle complicité que le vol ait été commis par plusieurs. La Cour de cassation a jugé dans ce sens que deux individus prévenus, l'un d'avoir commis un vol la nuit, l'autre d'avoir recélé les objets volés, ne doivent subir que la peine du vol simple [2].

En second lieu, le recélé commis par un domestique d'objets volés à son maître par un tiers ne le rend passible que de la peine du vol simple, si ce vol a été commis sans circonstances aggravantes; car ce recélé, postérieur au vol, ne peut changer de caractère, et la circonstance de la domesticité, personnelle au recéleur, ne peut dès lors exercer aucune influence sur l'auteur principal [3].

Enfin, il importe encore de remarquer que le recélé n'est point en lui-même un fait moral indivisible qui, relativement

1. Cass., 17 oct. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 343. — * * V. aussi *suprà*, p. 470, n. 1.

2. Cass., 11 sept. 1828, Bull. p. 378.

3. Cass., 16 avril 1818, Bull. p. 136; 22 juin 1832, Dall. 32. 1. 401. — * * Ce n'est là d'ailleurs que l'application de la règle générale en matière de complicité. V. *suprà* p. 482, n. 1.

au vol auquel il se rattache, se consomme sans pouvoir être renouvelé ; c'est un fait matériel, caractérisé par l'intention, qui peut exister et se reproduire par différents actes. La Cour de cassation a donc pu décider que l'accusé de complicité par recélé d'un vol peut, après avoir été acquitté de cette accusation, être placé de nouveau en prévention pour avoir recélé, postérieurement à cet acquittement, les effets provenant du même vol [1]. En effet, si cette nouvelle prévention porte encore sur un recélé qui se rattache au même vol, elle n'a pas pour base le même fait que celui qui a été l'objet du premier débat, elle est relative à un fait postérieur à ce débat, et à l'acquittement qui s'en est suivi ; ces deux faits sont distincts et indépendants : l'accusé peut avoir été acquitté sur le premier, sans qu'il puisse en résulter qu'il ne soit pas devenu coupable sur le second.

Telles sont les difficultés que la complicité par recélé a soulevées ; cette matière était trop grave pour que nous ayons pu en omettre quelques-unes. En terminant ce chapitre, nous rappellerons encore deux règles qui s'appliquent a tous les modes de complicité.

316. La première est que les caractères généraux de la complicité que les art. 59, 60, 61 et 62 ont définis, et que nous avons successivement examinés daus ce chapitre, ne s'appliquent qu'aux crimes et délits, et nullement aux contraventions, sauf en matière de bruits et tapages injurieux ; c'est ce qu'établissent formellement les textes mêmes de ces articles, et la jurisprudence n'a eu qu'à le proclamer [2]. Une dernière règle, enfin, est que les dispositions du Code pénal relatives à la complicité s'appliquent à tous les genres de criminalité déterminés par les diverses lois pénales, même postérieures à ce Code, parce que, suivant l'expression de la Cour de cassation, « il est de droit naturel et public que le complice d'un crime ou d'un délit, s'il est coupable, doit être puni [3]. »

1. Cass., 29 déc. 1814, Bull. n. 47.

2. Cass., 21 avril 1826, Bull. n. 80 ; Cass., 11 sept. 1846, Bull. n. 240, Journ. du dr. crim., 1846, p. 297, art. 4017.

3. Cass., 14 oct. 1826, Bull. n. 207.

Cette maxime exerce donc son empire tant qu'il n'y a pas été dérogé par une loi formelle ; elle forme le droit commun qui domine toutes les législations spéciales, à moins qu'une exception n'y soit écrite. La jurisprudence a appliqué ce principe aux délits de la presse [1], au délit d'habitude d'usure [2], au crime de baraterie prévu par la loi du 10 avril 1825 [3], aux délits de chasse sous l'empire de la loi du 30 avril 1790 [4], au délit d'entrave à la liberté des enchères [5]. On trouve, au contraire, une exception formelle dans les art. 40, 41 et 43 de la loi du 5 juillet 1844, sur les brevets d'invention [6].

Les règles de la complicité s'appliquent-elles aux contraventions correctionnelles, à ces contraventions qui, purement matérielles dans leurs éléments, sont passibles, à raison de leur gravité, de peines supérieures aux peines de police, et qu'on appelle inexactement contraventions-délits ? Il faut répondre négativement. La complicité suppose une intention criminelle, puisqu'elle suppose un accord, un concert préalables. Toutes les fois donc qu'il s'agit d'un fait purement matériel, que la loi saisit et punit abstraction faite de l'intention de son auteur, la complicité n'est pas admissible, puisqu'il y aurait contradiction à supposer à la fois que l'intention existe et qu'elle n'existe pas. La gravité de la peine ne peut rien changer à cette règle qui est puisée dans la nature des faits. L'art. 59, en limitant l'incrimination de la complicité aux délits, a entendu les délits intentionnels. et ce qui l'atteste, c'est que, à l'époque de la première rédaction du Code, les délits-contraventions n'avaient pas encore, au moins pour la plupart, pris place dans la législation. La jurisprudence, au surplus, s'est prononcée dans ce sens [7].

1. Cass., 31 janv. 1817, Bull. n. 8, et Cass., 25 avril 1844, Bull. n. 152.
2. Cass., 14 oct. 1826, Bull. n. 280 ; 14 déc. 1838, Bull. n. 384, Journ. du dr. crim., 1839, p. 79, art. 234 ; 10 janv. 1845, Bull. n. 10 ; Journ. du dr. crim., 1845, p. 185, art. 3786.
3. Cass., 16 sept. 1836, Bull, n. 300.
4. Cass., 6 déc. 1839, Bull. n. 374.
5. Cass., 8 janv. 1863, Bull. n. 8.
6. Cass., 26 juil. 1850, Bull. n. 237 ; 21 nov. 1851, *ibid.*, n. 492.
7. Cass., 11 avril 1856, Bull. n. 140 ; 18 déc. 1866, Journ. du dr. crim.,

n. 8375. — * * Mais cette jurisprudence que nous n'avons cessé de combattre (V. notre article sur l'*Intention en matière pénale*, France Judiciaire, 1er novembre 1876; notre *Précis du droit criminel*, 3e édition, p. 126; et nos notes sous Cass., 28 janv. 1876; S. 76. 1. 89; P. 76. 179, et 11 fév. 1876; S. 76. 1. 233; P. 76. 547) parait aujourd'hui définitivement abandonnée. Dans son arrêt du 23 février 1884 (S. 86. 1. 233, et la note) la Cour régulatrice a consacré ce principe fondamental « qu'aux termes de l'art. 1er du Code pénal, l'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit, et que cette règle générale régit les matières spéciales, toutes les fois qu'il n'y a pas été dérogé par une disposition expresse »; et elle a, en conséquence, déclaré les règles sur la complicité applicables aux infractions aux lois sur la pharmacie, « *attendu qu'étant punies d'amendes supérieures à celles de simple police, elles constituent des délits* ». Et elle a de nouveau affirmé cette jurisprudence en déclarant les règles générales de la complicité applicables aux infractions aux lois sur les sociétés (Cass., 28 février 1885; Bull. n. 73; S. 1887, 1er cah. et notre note). V. aussi notre article sur la *Fin des délits-contraventionnels* dans la France Judiciaire, 1886, p. 365).

CHAPITRE XIII.

DES EXCUSES. — DE L'EXCUSE D'AGE.

(*Commentaire des art.* 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 *et* 72 *du Code pénal.*)

317. Distinction des circonstances atténuantes, des excuses et des faits justificatifs. Leur définition.
318. Définition des faits d'excuse.

§ Ier. — *De l'excuse d'âge à l'égard des mineurs.*

319. A quel âge l'enfant était responsable de ses actes dans la loi romaine.
320. Dans notre ancienne jurisprudence.
321. Dispositions des lois étrangères sur ce point.
322. Impossibilité de fixer d'une manière absolue l'âge où doit commencer l'imputabilité.
323 Examen de la disposition qui fixe cet âge à 16 ans.
324. Proposition de reculer cette limite à l'âge de 18 ans.
325. Proposition de déclarer l'enfant entièrement irresponsable jusqu'à l'âge de 10 ans.
326. Résumé des règles générales de cette matière.
327. Proposition d'appliquer ces règles aux sourds-muets.
328. Examen de l'art. 66; présomption favorable aux mineurs de 16 ans.
329. Excuse quand ils ont agi avec discernement.
330. Ils sont justiciables de la juridiction correctionnelle lorsqu'ils sont accusés de faits qualifiés crimes.
331. Que faut-il entendre par les individus âgés de moins de 16 ans?
332. Nécessité de poser la question de discernement quand l'accusé a moins de 16 ans.
333. Mode de constatation de l'âge de l'accusé.
334. Effets de l'acquittement du mineur qui a agi sans discernement. Caractère de la détention qui peut être prononcée contre lui.
335. Quelle doit être la durée de cette détention.
336. Effets de l'acquittement relativement aux frais.
337. Application de l'art. 66 aux délits prévus par les lois spéciales.
338. Application des peines modifiées. Questions qui y sont relatives.
339. Condamnations pécuniaires : la présence du tuteur n'est pas nécessaire.
340. Le mineur ne peut être soumis à la contrainte par corps.
341. Double compétence de la juridiction correctionnelle et de la Cour d'assises en cas de crime.

342. Appréciation des mesures de correction qui sont appliquées aux mineurs de 16 ans.

§ II. — *De l'excuse d'âge à l'égard des vieillards.*

343. Motifs de l'atténuation que la loi a établie à l'égard des vieillards.

344. Cette atténuation n'a point pour fondement une excuse ; elle ne s'applique qu'à la peine.

345. A quel âge cette atténuation pénale doit être appliquée.

---

317. La criminalité des auteurs d'une action punissable peut se modifier d'après leur position personnelle et d'après les circonstances qui ont accompagné cette action.

Cette criminalité s'affaiblit si la vie de l'accusé est restée pure jusqu'à son crime, s'il a été poussé à le commettre par les angoisses de la misère ou le délire de la passion, si son repentir et ses larmes l'ont expié déjà ; cette atténuation prend un caractère plus grave, si l'agent a été provoqué par l'outrage, si la faiblesse de son âge lui voilait l'immoralité de son action, si une ivresse involontaire troublait sa raison ; enfin, la criminalité s'efface entièrement s'il n'a fait qu'user du droit de légitime défense ou se conformer à l'ordre d'un supérieur, s'il était subjugué par une irrésistible contrainte, ou dominé par les égarements de la démence.

De là la distinction des circonstances atténuantes, des causes d'excuse et des faits justificatifs ; un rapport intime lie entre elles ces diverses excuses, et toutefois une différence profonde les sépare.

Les circonstances atténuantes ne sont pas, comme les autres excuses, spécialement définies par la loi ; tous les motifs qui affaiblissent la culpabilité de l'agent ou la criminalité de l'acte sont des circonstances atténuantes. Vagues et insaisissables, elles échappent aux prévisions de la loi, et leur appréciation est laissée au jury ou aux tribunaux correctionnels. Sans limites et sans exceptions, elles dominent toutes les dispositions du Code, elles s'appliquent, pour en diminuer les peines, à tous les crimes et délits. Nous n'avons point à nous occuper ici de ces causes d'excuse que, par une singulière inadver-

tance, le Code a rejetées dans ses derniers articles (art. 463), au lieu de les réunir aux excuses légales.

Ces dernières excuses, que l'on qualifie *légales*, parce qu'elles sont spécialement définies par la loi, se divisent en *excuses* proprement dites et en *faits justificatifs*. Les excuses n'excluent pas l'imputabilité pénale, elles l'affaiblissent seulement, et l'effacent en partie ; elles peuvent réduire la peine à de moindres termes, mais elles n'effacent pas entièrement la culpabilité : nous avons cité pour exemples la jeunesse des prévenus, la provocation involontaire, l'ivresse. Les faits justificatifs excluent toute intention criminelle; ils établissent l'innocence de l'agent, ils éloignent l'application de toute peine : tels sont la folie, l'obéissance à un supérieur dans l'ordre hiérarchique, la nécessité actuelle de la défense, l'alibi invoqué par le prévenu [1].

Dans quelques circonstances, il n'est pas sans difficulté de tracer des limites précises à cette distinction; les moyens d'excuse peuvent sembler se confondre avec les moyens de justification. Ainsi, l'enfant qui a agi sans discernement est justifié, car il n'avait nulle intention criminelle : s'il a agi, au contraire, avec discernement, il n'est qu'excusé à raison de son âge. Ainsi, le soldat qui n'a fait qu'exécuter les ordres de son chef est, en général, justifié; cependant, si ces ordres étaient tellement illégaux, qu'il ne dût pas visiblement y obéir, ils ne constituent qu'une excuse qui affaiblit la criminalité, mais sans l'anéantir. Le caractère distinctif des uns et des autres est dans leur effet même : si le fait allégué atténue la

1. * * Il importe toutefois de signaler entre ces différents cas des différences essentielles. Et d'abord, l'alibi invoqué par l'accusé prouve qu'il n'est pas l'auteur du fait et ne saurait être confondu avec les causes de non-imputabilité et les faits justificatifs. Il nous semble, en outre, que c'est à tort que tous les criminalistes mettent sur la même ligne les causes de non-imputabilité, comme la démence ou la contrainte, et les faits justificatifs, comme la légitime défense : dans le premier cas, il y a une infraction, mais qui n'est pas imputable; dans le second, il n'y a pas d'infraction, il n'y a que l'exercice d'un droit, l'acte est intrinsèquement légitimé, et c'est alors seulement qu'il est rigoureusement vrai de dire qu'il n'y a ni crime, ni délit.

criminalité sans effacer le crime, on doit le considérer comme une excuse; s'il est de nature à détruire, au contraire, le crime lui-même, il rentre dans les causes de justification. Cette distinction a de l'importance dans la procédure, et nous y reviendrons plusieurs fois dans le cours de ce livre.

318. Nous nous occuperons d'abord des faits d'excuse, ensuite des faits justificatifs. Mais, pour suivre le plus fidèlement qu'il nous est possible l'ordre du Code, nous renvoyons à l'examen des diverses dispositions où elles sont exprimées les excuses spéciales qui se rattachent à certains crimes ou délits [1]; il en sera de même de la provocation et de la légitime défense, causes d'excuse ou de justification spéciales aussi pour le meurtre et les coups et blessures, et dont le Code ne s'est lui-même occupé qu'à raison de ces crimes.

Plaçons d'abord en avant, comme dominant toute cette matière, la règle générale que pose l'art. 65 ; « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse. »

Les excuses n'étaient point définies sous l'ancienne législation; il en résultait que des questions étaient posées sur tous les faits que l'accusé invoquait pour sa défense, tels que l'ivresse, par exemple. C'est un abus que le législateur de 1810 a voulu proscrire. Les juges doivent aujourd'hui se renfermer dans les limites de la loi. Mais il est évident que cette régle a perdu la plus grande partie de sa puissance par l'admission du système des circonstances atténuantes, car toutes les excuses militent à la fois dans la déclaration qui proclame ces circonstances ; seulement, elles ne sont pas spécialement énoncées, elles se confondent dans la foule des motifs d'atténuation.

L'art. 65 n'a conservé d'importance, relativement aux excuses, que dans le seul cas où l'accusé proposerait des faits

1. V. les art. 100, 108, 114, 116, 135, 138, 163, 190, 213, 237, 247, § 2, 284, 288, 321, 322, 328, 329, 343, 348, § 2, 357, 370, 380, 441 et 463 du Code pénal.

qui n'auraient pas ce caractère aux yeux de la loi ; car, aux termes de l'art. 339 du Code d'instruction criminelle, le président n'est tenu de poser la question, à peine de nullité, qu'autant que le fait constitue une excuse légale.

La jurisprudence a fait encore une application fréquente de cet article dans les matières spéciales où l'infraction est prouvée par le procès-verbal, et où cependant les juges ne peuvent se défendre de l'excuser, quand la bonne foi et l'ignorance des prévenus leur sont démontrées. La Cour de cassation a constamment annulé de telles décisions, par le motif que la loi a déterminé les cas d'excuse, et que le juge ne peut en créer de nouveaux [1].

Enfin, cette règle ne s'applique pas seulement aux crimes et aux délits, comme on pourrait le supposer d'après ses termes restrictifs ; elle est générale, et comprend par conséquent jusqu'aux simples contraventions.

La première excuse légale, et la seule qui s'étende à tous les faits prévus par le Code, est celle qui résulte de l'âge des prévenus : cette excuse a des effets différents selon qu'on l'applique à de jeunes enfants ou à des vieillards. Nous allons l'examiner dans deux paragraphes distincts.

§ Ier. — *De l'excuse d'âge à l'égard des mineurs.*

319. La raison de l'homme ne s'éveille pas douée tout à coup de toute sa puissance. Elle participe de la longue faiblesse du corps ; elle en suit pas à pas les progrès et les développements. Assoupie dans la première enfance, faible et vacillante chez les adultes, ce n'est que lorsque le corps a pris toute sa force que l'intelligence jette toute sa lumière. La conscience, où se développe le sens moral, se forme avec la même lenteur, mûrit son jugement avec la même peine et parcourt les mêmes degrés. Ce n'est enfin qu'après de longs essais et d'inhabiles efforts que l'intelligence parvient à saisir

1. Cass., 15 niv. an IX, Bull. n. 88 ; 2 vend. an XI, Bull. n. 1er ; 30 oct. 1817, Bull. n. 103 ; 11 juin 1818, Bull. n. 76.

la portée et les suites d'une action, la conscience à en peser la valeur morale.

L'enfance, dans ses premières années, quand sa raison bégaye encore, ne peut donc être responsable de ses actes, car elle n'en a pas l'intelligence, elle n'en comprend pas la moralité. *Infantem innocentia consilii tuetur.*

Mais à quelle époque se développe son intelligence et s'éclaircit sa raison ? A quel âge la loi doit-elle faire peser sur l'enfant la responsabilité de ses actes ? Telle est la grande et difficile question dont toutes les législations ont tenté la solution.

La loi romaine avait essayé de marquer les degrés progressifs que parcourt l'intelligence de l'homme : l'enfance proprement dite durait jusqu'à sept ans, et jusqu'à cet âge elle était protégée de plein droit *ob innocentiam consilii* [1]. La même présomption couvrait encore l'enfant jusqu'à dix ans et demi (et neuf ans et demi chez les femmes), car jusqu'à cet âge il était encore considéré comme proche de la première enfance, *proximus infantiœ*, et incapable d'une pensée criminelle, *non doli capax* [2] ; mais, si la même présomption continuait de l'accompagner jusqu'à l'âge de puberté (12 ou 14 ans, suivant son sexe), la preuve contraire était alors admise, suivant la maxime *malitia supplet ætatem*, et l'impubère pouvait être puni *si proximus pubertati sit et ob id intelligat se delinquere* [3]. Toutefois la peine était moindre : *Pupillus mitiùs punitur* [4]. Depuis la puberté jusqu'à dix-huit ans, où le pubère devenait mineur, et même jusqu'à vingt-cinq ans, époque de la majorité, la loi n'établissait plus d'autre différence que dans la quotité et la nature de la peine, toujours plus faible pour les mineurs [5]. Il faut ajouter que ces différentes distinctions étaient muettes et sans puissance dans les crimes atroces ; la

1. Gaius, l. 3, § 109, l. 22, Dig. de lege Corneliâ, de falsis ; l. 3, § 1er, Dig. de injuriis.

2. Farinacius, quæst. 92, n. 4 et 5 ; Tiraqueau, de pœnis temp., n. 28.

3. Inst. IV, 1, § 18 ; l. 23, Dig. de furtis ; l. 3, Dig. de reg. juris.

4. L. 14, Dig. de Sen. Cons. Sillan.

5. L. 6, C. de pœnis ; l. 37, Dig. de minoribus ; l. 1. Dig. ad Sillan.

loi présumait que l'immoralité de ces crimes devait frapper l'intelligence même d'un l'enfant.

320. Notre ancienne jurisprudence avait à peu près conservé les règles tracées par les jurisconsultes romains [1]. On trouve dans le Journal des audiences un arrêt du 16 mars 1630 qui infirme un décret de prise de corps décerné contre un impubère, âgé de onze ans et six mois, et prévenu de meurtre. Les auteurs citent plusieurs autres arrêts rendus dans le même sens, et qui font défense de procéder extraordinairement contre les impubères à l'avenir [2]. On rapporte même un arrêt du 3 mars 1661 qui condamne un écolier de 15 ans, coupable de meurtre, en une amende de 120 livres parisis, applicable au pain des prisonniers de la Conciergerie, et à 800 livres parisis d'intérêts civils. C'était plutôt une réparation civile qu'une peine. Cependant, au cas de vol, l'usage était d'arrêter les impubères et de les retenir en prison, à cause des complices : on les condamnait même quelquefois, et dans les cas les plus graves, d'après la maxime romaine *malitia supplet ætatem*, au fouet sous la custode, ou à être enfermés à temps ou pour toujours, même à être exposés à une potence, pendus sous les aisselles, suivant les circonstances [3]. Le Code pénal de 1791 a établi le premier les atténuations pénales que notre Code a perfectionnées.

321. La législation anglaise, de même que la loi romaine, pose en principe qu'au-dessous de 7 ans un enfant ne peut être l'objet d'aucune poursuite. Depuis cet âge jusqu'à 14 ans, il est, suivant l'expression du statut anglais, *primâ facie doli incapax*, mais il est sujet à la maxime *malitia supplet ætatem* ; néanmoins les peines sont moins rigoureuses à son égard. Depuis 14 ans, le mineur perd le bienfait de cette présomption favorable, et devient passible des mêmes peines que le majeur. La loi n'a introduit une exception à cette règle.

1. Muyart de Vouglans, p. 27; Rousseaud de La Combe, p. 59; Jousse, t. 2 ; Pastoret, Lois pénales, t. 2, p. 148.

2. *Ibid.*

3. Muyart de Vouglans, p. 27 ; Rousseaud de La Combe, p. 59 ; Jousse, t. 2 ; Pastoret, Lois pénales, t. 2, p. 148.

jusqu'à l'âge de 21 ans, qu'à l'égard de certaines contraventions qui consistent dans des omissions de faire (*consisting of mere non feazance*), parce que le mineur de 21 ans, n'ayant pas la disposition de ses biens, ne pourrait satisfaire à l'amende [1].

Dans le Code pénal autrichien, par une disposition empruntée à la loi romaine, les actions punissables des enfants qui n'ont pas accompli leur dixième année sont abandonnées à la correction domestique. Aucune responsabilité pénale ne pèse sur eux. Depuis onze ans jusqu'à quatorze ans, les délits qu'ils commettent ne sont considérés et punis que comme des infractions de police. Mais, de même que dans la loi anglaise,ces distinctions cessent à cette époque, et les enfants de plus de 14 ans encourent les mêmes peines que les hommes mûrs [2]. Dans le Code pénal d'Espagne, l'enfant est irresponsable jusqu'à 9 ans, et la peine est atténuée jusqu'à 18. D'après les Codes du Brésil et du Piémont, au-dessous de 14 ans, les mineurs ne sont point considérés comme coupables des crimes qu'ils ont commis ; seulement ils sont tenus de réparer sur leurs biens le préjudice qu'ils ont causé ; et, s'il est prouvé qu'ils ont agi avec discernement, ils peuvent être renfermés dans des maisons de correction. A 14 ans, la présomption favorable cesse pour le mineur ; mais, s'il est reconnu coupable, le juge peut lui infliger une peine inférieure d'un tiers à la peine réservée au crime. Enfin, jusqu'à 21 ans, son âge seul constitue une circonstance atténuante qui doit entraîner une diminution des châtiments [3].

1. Blakstone, Comm. sur le Code crim. d'Angleterre, t. 1er, p. 29 ; Henry Stephen, Summary of the criminal law, p. 3.

2. Code pén. gén. d'Autriche, 1re part., art. 2, et 2e part., art. 4.

3. * * Le Code pénal allemand, à la différence du Code prussien qui ne fixait pas de période d'irresponsabilité, prohibe toute poursuite contre l'agent qui n'avait pas accompli sa 12e année au moment de l'acte (art. 55) ; il fixe la majorité, en matière pénale, à 18 ans : jusqu'à cet âge, le mineur est acquitté s'il est reconnu avoir agi sans discernement, mais peut être placé dans une maison de correction (art. 56), et, s'il est reconnu avoir agi avec discernement, profite d'une diminution de peine (art. 57). — Les Codes du Mexique, de Genève, de Hongrie déterminent également

Nous nous arrêterons encore sur le Code de la Louisiane. Nul acte commis par un enfant au-dessous de dix ans ne peut être incriminé. Nul acte commis par un enfant de 10 à 15 ans ne peut constituer un délit, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il avait assez de discernement pour connaître la nature et l'illégalité de cet acte [1]; même dans l'intervalle de ces années, il est excusé, s'il a commis le crime sur l'ordre ou d'après les instigations des personnes qui ont autorité sur lui. Enfin, au-dessus de quinze ans, et jusqu'à la majorité, la peine est réduite à moitié, et cette peine est commuée en un apprentissage sous la surveillance du gardien de la prison d'État, qui le fait instruire dans une profession.

Si nous résumons ces diverses législations, nous trouverons que la plupart fixent un âge d'irresponsabilité pour l'enfant. Cet âge s'étend à 10 ans et demi dans le droit romain, à 7 ans dans la loi anglaise, à 10 ans dans le Code autrichien et dans celui de la Louisiane [2], enfin jusqu'à 14 ans dans la loi du Brésil; d'une autre part, l'époque où la présomption favorable à l'enfant cesse de militer en sa faveur est à 14 ans dans les lois romaines et dans les lois modernes d'Angleterre, d'Autriche et d'Italie, à 15 ans aux États-Unis et en Espagne, à 18 en Allemagne [3]. Quelques législations ont livré ces ques-

deux périodes : une période d'irresponsabilité irréfragable jusqu'à 9, 10 ou 12 ans, et une présomption d'irresponsabilité entraînant la question de discernement et une atténuation de peine jusqu'à 14 ans dans le Code du Mexique, et 16 ans dans les deux autres. — Le Code pénal russe est plus compliqué : irresponsabilité absolue jusqu'à 7 ans; de 7 à 10, correction domestique seulement; de 10 à 14, question de discernement; jusqu'à 21 ans, atténuation de peine. — Dans le Code suédois et le Code danois, irresponsabilité jusqu'à 10 ans ; de 10 à 15 ans, question de discernement et réduction de peine (de 2 degrés dans le Code suédois; maximum de 2 ans dans le Code danois); de 15 à 18, le Code suédois réduit la peine d'un degré, et le Code danois permet de la réduire de moitié et fixe 8 ans comme maximum.

1. « To know the nature and illegality of the act which constituted the offence. » (Art. 29 et 30, Code of crimes and punishments.)

2. * * A 9 ans dans le Code du Mexique ; à 10, dans les Codes de Suède, du Danemark, de Genève; à 12, dans les Codes allemand et hongrois.

3 * * A 16 ans dans les Codes de Genève et de Hongrie ; à 18 ans, dans les Codes de Suède et du Danemark.

tions à la sagacité des juges, en les chargeant de mesurer les peines suivant l'intelligence des prévenus.

322. Recherchons maintenant les principes qui doivent déerminer la solution de cette question.

Et d'abord, il faut reconnaître en fait qu'il est impossible de fixer une borne certaine entre la légèreté de l'enfant et la maturité de l'homme, de calculer l'époque précise où la raison commence à éclairer nos actions, où l'intelligence en pèse les conséquences, où la conscience en juge la moralité. La diversité des décisions des législateurs sur ce point en offre déjà une première preuve.

Et comment prétendre à un résultat exact, lorsque nos moyens d'observation sont nécessairement imcomplets? En effet, quels sont les moyens d'apprécier le degré d'intelligence d'un enfant? Cette appréciation ne peut se faire que par voie d'induction. C'est par la comparaison des idées et des actes de l'enfant avec nos actes et nos idées, que nous jugerons s'il comprend le mal, s'il discerne le bien. C'est d'une réponse de cet enfant à nos questions que nous tirons la conséquence que sa pensée a dû concevoir avec la même exactitude une autre question ; mais combien ces rapports peuvent être erronés, ces déductions illusoires ! Comment pénétrer dans le sanctuaire de la conscience? Comment constater si l'intelligence même n'a pas devancé le sens moral, si l'action commise même avec discernement n'a pas été commise dans l'ignorance du mal moral qu'elle produisait?

Blakstone rapporte un exemple qui vient à l'appui de ces réflexions. Deux enfants, l'un de neuf ans, l'autre de dix ans, avaient été condamnés pour meurtre, et le plus âgé fut exécuté, parce que, après l'action, au lieu de se cacher lui-même, il avait pensé à cacher le cadavre. Les juges virent dans cette action la preuve d'un parfait discernement. Mais combien cette induction était incertaine et périlleuse, surtout s'il n'était pas prouvé que cet enfant eût songé d'avance aux moyens de cacher le corps du délit? Car il ne faut pas confondre l'horreur et la peur qu'une action criminelle inspire à un enfant après qu'il l'a commise, lorsqu'il voit devant ses yeux le résultat de cette action, avec la connaissance préalable et

distincte de la nature et des conséquences du fait qu'il va commettre. Si l'emploi du seul moyen qui existe d'apprécier l'intelligence d'un enfant présente quelques dangers, alors même que son application se fait individuellement, on doit en conclure qu'il est bien plus dangereux de poser une règle générale qui détermine à l'avance un âge d'irresponsabilité et un âge de responsabilité [1].

Les enfants diffèrent entre eux par l'intelligence autant que par le physique. La nature a mis des degrés divers dans les facultés dont elle les a dotés. Ces facultés reçoivent de leur position sociale et de l'éducation des développements plus ou moins grands, plus ou moins rapides. Tel enfant dont l'esprit aura été exercé, dont le jugement aura été cultivé, pourra comprendre dès l'âge de six ans l'immoralité d'une action, la criminalité d'un fait. Tel autre, et du même âge, végétant dans les langes d'une grossière ignorance, ne se rendra compte ni du caractère de l'action, ni de ses conséquences. Le développement de l'enfant varie en raison de son organisation physique, en raison de la culture qu'on donne à son intelligence, en raison même des climats sous l'influence desquels il se trouve. Celui dont l'éducation a été négligée, dont le développement physique a été tardif, doit-il porter devant la justice la peine d'une position déjà misérable ? Le châtiment doit-il le frapper plus rigoureusement parce qu'il a été plus malheureux ? Comment l'assimiler sans injustice, lui dépourvu des moyens de connaître le bien et le mal, à l'enfant qui a vu luire pour ainsi dire avec la lumière les notions de la morale et les principes sociaux ?

De ces considérations nous déduirons deux conséquences qui nous semblent parfaitement exactes : c'est qu'il est impossible d'établir avec précision le moment où la raison rend légitime la responsabilité morale de l'homme ; c'est que l'application de cette responsabilité doit se faire, moins d'après une règle générale, que dans chaque cas individuel et d'après l'ensemble des faits.

1. Traité du droit pénal, t. 2

Un corollaire rigoureux de cette double conséquence est qu'il ne faudrait établir aucune règle, et que le juge devrait demeurer le maître de proclamer le résultat de l'impression produite sur sa conscience par les débats du procès. Peu importerait l'âge de l'enfant, qu'il eût plus ou moins de seize ans; le juge, pour apprécier son intelligence, n'aurait d'autre base que le fait lui-même, en faisant abstraction de toute distinction légale. Tel n'est cependant pas le système que nous cherchons à établir. Il nous suffit de conclure de ce qui précède que toute règle absolue sur l'âge où l'imputation doit commencer ne peut être qu'inexacte.

323. Ce n'est point non plus une limite inflexible entre l'enfance et l'âge mûr qu'il s'agit d'élever ; la loi doit se borner à couvrir les actes de l'enfance par une présomption d'innocence : cette présomption favorable, qui la protége et la défend, satisfait à toutes les exigences de la justice. En effet, personne ne conteste l'irresponsabilité des enfants dans leurs premiers ans; mais plus ils avancent en âge, plus cette excuse devient douteuse et s'affaiblit. Elle forme d'abord une preuve dirimante de l'innocence des prévenus ; elle se change ensuite en une simple présomption ; enfin le moment arrive où cette présomption même doit disparaître, c'est lorsque l'enfant est devenu adulte, que sa raison a mûri, que ses facultés se sont développées, que son intelligence et son sens intime lui révèlent la moralité des actions. La présomption se tourne alors contre lui : on peut supposer qu'il a agi avec connaissance du crime.

La limite entre ces deux présomptions, quoique ni l'une ni l'autre n'emportent preuve d'innocence ou de culpabilité, est d'une haute importance, parce que la première laisse à l'accusation à prouver que le prévenu, quand il est d'un certain âge, non-seulement a commis le crime, mais l'a commis avec discernement ; parce qu'elle appelle l'attention des juges sur la question de culpabilité dans ses rapports avec l'âge de l'agent au moment du délit ; enfin, parce qu'elle environne les mineurs d'une prévention favorable, et qu'elle fait de leur âge un motif d'excuse et même de justification.

Cette distinction est importante encore parce que, dans le

cas même où un adulte aurait agi avec discernement, on doit lui tenir compte de la légèreté et de l'irréflexion qui sont les compagnes ordinaires de son âge ; on doit mettre dans la balance de la peine son inexpérience, la promptitude avec laquelle ses actions bonnes ou mauvaises sont commises, et l'activité de ses jeunes passions. Le châtiment doit être moindre, et dans sa durée et par sa nature. Il est donc nécessaire de fixer une époque jusqu'à laquelle se prolonge cet adoucissement de la peine.

Notre Code pénal a placé cette époque à l'âge de seize ans (art. 66) ; et aucun fait n'autorise à réclamer contre cette décision [1].

Cependant M. Rossi a remarqué qu'en cherchant à déterminer le point de séparation entre l'âge favorisé par la présomption d'irresponsabilité et celui sur lequel pèse la présomption contraire, il convient d'étendre la première période un peu au delà de la limite indiquée par l'observation et les résultats statistiques. En effet, la règle posée par la loi n'étant qu'une formule générale tirée d'un certain nombre de cas particuliers, et n'étant point l'expression d'une vérité absolue, le législateur doit laisser les chances d'erreur du côté de la présomption favorable plutôt que du côté opposé. Qu'importe, au fond, si quelques jeunes gens ne subissent qu'une punition inférieure à la peine ordinaire ? Mais ce serait une chose déplorable qu'un jugement qui flétrirait injustement la vie d'un jeune homme, et frapperait de la peine réservée au crime les premiers égarements de la jeunesse.

A la vérité, les présomptions établies par la loi relativement à l'âge de l'accusé n'enlèvent point aux juges le droit de proclamer que l'accusé a agi sans discernement, et de l'absoudre quel que soit son âge, mais il faut reconnaître que l'opinion du législateur exerce une grande influence sur l'esprit des juges et des jurés, Ils seront naturellement portés à appliquer à l'accusé qui a dépassé seize ans la présomption défavorable établie par la loi ; ils seront moins disposés à faire une appré-

1. M. Rossi, t. 2, p. 131.

ciation particulière du discernement qui a guidé l'action de l'accusé. Sans doute on serait mal fondé à prolonger jusqu'à la majorité civile le cours de la présomption favorable. Il est évident que l'intelligence du bien et du mal se développe dans l'homme avant qu'il ait acquis la capacité nécessaire pour gérer ses affaires. Aussi ne s'agit-il pas de reporter à vingt et un ans la limite fixée aujourd'hui à seize ; mais entre ces deux époques serait-il donc impossible de tracer une ligne nouvelle, d'essayer une distinction ?

Remarquons, en premier lieu, que nous sommes loin de vouloir écarter de la tête des jeunes accusés le châtiment qu'ils ont mérité ; il ne s'agit que de continuer, pendant une ou deux années de plus, la présomption favorable qui ne les accompagne que jusqu'à seize ans. Or, rendons-nous compte, d'après nos propres observations, de la situation morale d'un jeune homme de cet âge ; il a sans doute l'intelligence de ses actions, il a la conscience du bien et du mal, il comprend les faits auxquels ils se livre, il est doué d'une raison assez puissante pour s'abstenir. Mais ce discernement, tel qu'on veuille le supposer, c'est celui d'un âge inexpérimenté, et non d'un âge mûr. Ne faut-il pas faire une part à la jeunesse pour l'emportement avec lequel elle conçoit ses projets, pour la légèreté avec laquelle elle les exécute ? Pense-t-on qu'à l'âge de seize ans la raison soit toujours assez froide, l'imagination assez maîtrisée, l'esprit assez lucide, non pour comprendre le crime, mais pour en calculer les suites et les périls ? Donnons donc à cette fougue, à cette impatience, à ces passions qui trop souvent à cet âge voilent l'intelligence et étouffent la voix de la conscience, non l'impunité, mais une peine moins rigoureuse ; cherchons-y, non la justification du crime, mais l'excuse qui l'atténue.

324. Dans le cours des discussions relatives aux modifications du Code pénal, un député proposa de reculer jusqu'à dix-huit ans l'époque où la question de discernement doit être posée. « La disposition du Code, disait-il, me paraît cent fois plus absurde et plus barbare que la peine de mort elle-même, car elle peut avoir pour effet de faire appliquer cette peine à un enfant. Le Code pénal, en fixant à seize ans l'âge auquel

est attachée la présomption légale que *l'accusé a agi avec discernement*, me paraît avoir complétement méconnu les lois qui président au développement de l'intelligence humaine. Il n'est pas vrai qu'un jeune homme de seize ans ait le bon sens et la réflexion qu'il aura dans un âge plus avancé; il n'est pas vrai qu'il ait sur ses passions l'empire qu'il acquerra probablement sur elles avec quelques années de plus ; et lors même qu'on me citerait l'exemple d'individus de cet âge chez qui se seraient rencontrés l'instinct qui pousse au crime, les combinaisons qui en calculent l'exécution, la férocité qui étouffe le remords, je répondrai que la question n'est pas de savoir si toutes ces circonstances peuvent se rencontrer ou même se rencontrent ordinairement chez les criminels de seize ans, mais, au contraire, de savoir s'il n'est pas quelques cas, quelque rares qu'ils puissent être, où ces mêmes circonstances ne se rèncontrent pas. Voilà, ce me semble, comment la question doit être posée. » On sait que cet amendement ne fut point adopté. Mais les motifs qui l'appuyaient sont restés sans réponse, et nous les croyons assez graves pour appeler un jour sur cette question l'attention du législateur.

Un dernier argument peut se puiser dans l'art. 22 du Code pénal, qui exemptait les mineurs de l'exposition, non jusqu'à l'âge de seize ans seulement, mais jusqu'à l'âge *de dix-huit ans*. Le législateur avait donc reconnu lui-même que l'âge de seize ans ne peut former une majorité absolue en matière criminelle, et, dans le cas spécial de l'exposition, il avait cru devoir y déroger. Mais cette dérogation ne prouve-t-elle pas déjà que le principe du Code ne répond pas à tous les besoins de la justice ?

Et puis, pourquoi cette exception à l'égard de la seule peine de l'exposition ? N'y avait-il pas les mêmes motifs de l'étendre à la peine de mort, et peut-être même encore aux peines perpétuelles ? « Si la peine de mort, a dit un professeur étranger que nous avons plusieurs fois cité, est encore une triste nécessité, du moins elle doit être restreinte à un très petit nombre de cas. La vivacité des passions qui animent la jeunesse , l'absence, à cet âge, d'une perversité endurcie, la

certitude de parvenir à l'amendement de l'accusé, tout commande à la société d'user d'indulgence envers de pareils coupables, et de ne pas les envoyer au supplice. La peine de mort exécutée sur des individus de cet âge serait un acte affligeant pour l'humanité, et qui n'aurait jamais l'assentiment de la conscience publique : *Miseratio ætatis ad mitiorem pœnam judicium producere debet.* On objectera peut-être le système des circonstances atténuantes et l'exercice du droit de grâce. Mais, si l'on doit convenir que, dans aucun cas, la peine de mort ne doit être appliquée à de jeunes criminels au-dessus de l'âge indiqué, pourquoi la loi ne le déclarerait-elle pas formellement[1] ? »

Les mêmes raisons pourraient encore être alléguées à l'égard des peines perpétuelles appliquées à des mineurs de dix-huit ans : car, d'une part, la jeunesse du coupable atténue nécessairement sa faute, et, d'un autre coté, cette jeunesse elle-même ne fait qu'aggraver la mesure d'une peine qui saisit le coupable à son entrée dans la vie et le suit jusqu'au tombeau. Un autre motif vient militer encore pour une atténuation : c'est l'inégalité d'une peine perpétuelle appliquée à la fois à un mineur de dix-huit ans et à ses complices plus âgés[2].

1. M. Haus, t. 1er, p. 216.

2. Ce dernier motif est énergiquement développé dans *les Pensées d'un prisonnier*, liv. 1er, ch. 7, *des Peines perpétuelles* : « Un crime a été commis, et deux misérables y ont pris part ; quelle peine leur allez-vous infliger ? Une peine égale, n'est-ce pas ? C'est fort bien. Cependant l'un des deux a conçu, résolu, préparé, suggéré le crime ; l'autre y a seulement aidé. N'y faites-vous pas de différence ? — Non, la loi n'en fait pas : le complice du crime sera puni comme son auteur. — C'est fort bien. — Et cette peine égale, enfin, quelle est-elle ? Les galères à perpétuité ? — A perpétuité. — Pour l'un et pour l'autre ? — Pour l'un et pour l'autre. — Attendu que la peine doit être égale, n'est-il pas vrai ? — Oui, parce que la peine doit être égale. — C'est fort bien. Mais ils sont d'âges inégaux.— Je ne puis rien à cela. — L'un n'a que 20 ans, l'autre en a 60. — Je ne puis rien à cela. — Et celui qui en a 60 est l'instigateur du crime. — Je ne puis rien à cela. — Et l'instigateur du crime est incomparablement plus coupable que le jeune insensé dont il a séduit et égaré l'inexpérience. — Je ne puis rien à cela. — Vous n'y pouvez rien, juste Dieu ! Mais le plus coupable, qui va mourir tout à l'heure, n'aura eu que quelques jours de

Tels sont les principaux motifs qui semblent se réunir pour reporter à l'âge de dix-huit ans l'excuse attachée à la jeunesse, et la présomption favorable qui oblige à résoudre la question de discernement avant l'application de toute pénalité. Cette question avait trop d'importance pour qu'il nous fût permis de la passer sous silence : il importait d'ailleurs d'appeler l'attention sur les doutes graves qui se sont élevés à ce sujet. Mais on doit le dire en terminant, c'est avec quelque hésitation que nous avons exprimé une opinion qui, quoiqu'elle nous paraisse fondée, ne doit pas cependant s'appuyer uniquement sur des considérations morales et les déductions plus ou moins rigoureuses qu'il est possible d'en tirer. C'est dans l'observation des faits que cette opinion doit surtout puiser sa force, et c'est à cette observation que le législateur doit particulièrement s'astreindre. Mais jusqu'ici les statistiques criminelles n'ont présenté sur ce point que des documents incomplets, et les faits particuliers que nous avons pu recueillir sont trop peu nombreux, pour qu'il soit possible de leur assigner le caractère de certitude d'un fait général.

325. Il est une autre distinction encore sur laquelle notre Code est muet, et que réclament cependant à la fois la justice et l'humanité.

Il est un âge où l'innocence de l'agent est une certitude ; cet âge est la première enfance. La loi ne doit pas livrer à la justice des enfants dans lesquels il est impossible de supposer un discernement quelconque de l'action qu'ils ont commise. Elle ne doit pas permettre que leur vie soit flétrie à l'avance par un jugement public, lorsque leur innocence est évidente. « Il est, a dit M. Rossi, entre le jour de la naissance d'un homme et l'âge de seize ans, un point où la présomption d'innocence s'affaiblit assez pour que l'acte individuel mérite d'être examiné. Mais, avant d'atteindre ce point, la présomption d'innocence est tellement forte, qu'elle doit dominer sans

galères, et le moins coupable, qui n'est qu'au commencement de sa vie, en aura de vos galères, durant 50 ans ! Et voilà ce que vous appelez des peines égales ! Et voilà pour quelle égalité merveilleuse vous condamnez uniformément à perpétuité ! »

partage et ne point admettre d'examen. Placer sur la sellette un enfant qui n'a pas huit ou neuf ans accomplis, c'est un scandale, c'est un acte affligeant qui n'aura jamais l'assentiment de la conscience publique. C'est une éducation qu'il faut donner à ces petits infortunés; on ne peut songer à leur infliger une peine. Qui pourrait la prononcer avec une parfaite conviction de la culpabilité de l'accusé ? Qui pourrait affirmer que la condamnation ne serait pas un mouvement de haine contre le fait en soi, plus encore qu'une appréciation impartiale de la culpabilité de son auteur[1] ? »

Au reste, cette disposition ne serait une innovation que dans notre législation[2]. L'assentiment des législateurs proclame comme un fait qu'il est un âge (que cet âge se termine à sept, neuf ou dix ans) où l'enfant est irresponsable de tous ses actes. Et, en effet, on ne peut méconnaître qu'à cette époque de la vie, l'enfant, même le plus intelligent, n'a qu'une perception incomplète de l'action qu'il commet. Sans doute cette règle peut n'être pas d'une vérité absolue ; sans doute quelques cas exceptionnels pourront être signalés ; mais la sûreté publique ne sera point compromise, par cela seul que quelques coupables de cet âge échapperaient à la répression qu'ils auraient méritée; et l'on ne doit pas se hâter de flétrir dans son germe la vie de ces jeunes enfants dont il est difficile de prouver la criminalité.

Lors de la révision du Code pénal, cette vue morale avait fixé l'attention de la Chambre des pairs. La commission de cette Chambre avait rédigé un amendement ainsi conçu : « Si l'individu est âgé de moins de douze ans, le tribunal pourra ordonner, sur la réquisition du ministère public, que le jugement aura lieu en la chambre du conseil, les parents du prévenu dûment appelés, et en présence de son conseil. » On disait à l'appui : « La loi ne nous a pas paru avoir tout prévu; il y a un âge auquel le discernement ne peut être mis en question. On ne peut le dire dans la loi, car il différe selon les individus; mais c'est une chose tout à fait affligeante que

1. Traité du dr. pén., t. 2, p. 156.
2. * * V. *Suprà*, p. 503 et n. 3.

de voir paraître sur les bancs des Cours d'assises ou de la police correctionnelle de malheureux enfants. La commission a cru parer à cet inconvénient en établissant un âge au-dessous duquel le tribunal pourrait ordonner que le jugement n'aurait pas lieu en audience publique, mais en chambre du Conseil. Elle a fixé l'âge de douze ans ; elle a pensé que, lorsque l'accusé avait moins de douze ans, il ne pouvait y avoir intérêt pour la société à faire paraître cet enfant devant le public. » Néanmoins, cette proposition fut écartée par le motif que le droit commun veut que les débats et le jugement soient publics en matière criminelle, que la charte n'a autorisé d'exception à cette règle que dans le seul cas où l'ordre ou les mœurs seraient compromis par la publicité, et que, s'il n'est pas douteux que le jugement d'enfants de moins de douze ans ne puisse dans beaucoup de cas compromettre les mœurs publiques, il suffit que la sagesse des magistrats puisse concilier le principe de la publicité des débats avec les égards qui sont dus à l'enfance [1].

Au reste, cette proposition, quoiqu'elle fût fondée sur les motifs les plus légitimes, n'aurait point atteint, ce nous semble, le but que ses auteurs paraissaient désirer : car elle n'eût point sauvé l'enfant accusé de la contagion du vice, de la lèpre des prisons ; elle ne l'eût point préservé de la flétrissure morale dont un jugement peut irréparablement empreindre de jeunes imaginations, et, en lui ôtant les garanties de la publicité de l'audience, elle n'eût point empêché la publicité du jugement. Le but de la Chambre des pairs n'aurait été atteint qu'en fixant une limite jusqu'à laquelle les actes de l'enfance n'auraient pu être incriminés.

Cette limite doit-elle s'arrêter à sept, à neuf ou à dix ans ? C'est à ce premier point de fait que se résume toute la difficulté. M. Rossi a proposé l'âge de neuf ans ; nous croyons qu'il y aurait peu d'inconvénients à la reculer jusqu'à dix ans. « Plusieurs » Codes étrangers ont adopté cette règle, et dans les climats où règnent ces Codes le développement de l'en-

1. Observations de M. Renouard (Moniteur du 20 mars 1832).

fance est « souvent » plus actif et plus précoce qu'en France.

326. Résumons-nous sur ces principes généraux. La théorie de la matière peut se traduire tout entière dans trois règles également importantes : irresponsabilité de la première enfance jusqu'à l'âge de neuf ou de dix ans ; présomption d'innocence jusqu'à l'âge de seize ou de dix-huit ans, et dès lors nécessité d'une question sur le discernement ; enfin, atténuation de la peine jusqu'à la même époque dans le cas même où le prévenu a agi avec discernement. Ces trois principes nous semblent renfermer toutes les garanties que l'humanité peut suggérer en faveur des prévenus. Notre Code n a consacré que les deux derniers, et encore a-t-il limité leur empire à l'âge de seize ans ; mais, même resserrés dans ces bornes, on ne peut méconnaître le bienfait de leur influence, et ce n'est qu'après une mûre appréciation des faits qu'il y aurait lieu de les élargir.

327. Avant d'arriver à l'examen de ces dispositions, qu'il nous soit permis de placer ici une observation qui ne sera pas sans quelque intérêt : c'est qu'on doit peut-être regretter que la présomption d'innocence, qui protége les accusés de moins de seize ans, n'ait pas été étendue jusqu'aux *sourds-muets*.

Ces infortunés, dont la plupart sont encore dépourvus de toute instruction, n'ont qu'un développement incomplet des facultés mentales ; leur intelligence bornée et confuse ne reçoit que les leçons incertaines qui éclairent l'enfance ; les notions du bien et du mal, les rapports du délit et de la peine n'arrivent qu'avec peine jusqu'à leur esprit[1]. Ceux même que le bienfait d'une merveilleuse éducation a rendus à la société, n'atteignent que rarement le degré de développement intellectuel qui permet la perception des idées abstraites et la science des devoirs sociaux : telles sont toutes les abstractions des objets dont les individualités ne frappent aucun des sens, le *droit*, l'*obligation*, la *possibilité*, la *nécessité*, etc. [2].

1. Traité des maladies de l'oreille et de l'audition, par M. Itard, t. 2.
2. Médecine légale relative aux aliénés, ou les lois appliquées aux désordres de l'intelligence, par Hoffbauer, p. 233.

Enfin, l'expérience atteste que les individus atteints de surdi-mutité sont enclins à la colère, à la fureur, à la jalousie ; la plus légère cause d'excitation leur fait perdre leur empire sur eux-mêmes, et l'éducation ne réprime qu'incomplétement cette disposition [1]. Suffit-il, d'ailleurs, qu'un sourd-muet sache quel tel fait est répréhensible et entraîne une punition, pour qu'on doive le traiter suivant toute la rigueur des lois ? Ne serait-il pas équitable de prendre en considération l'absence ou la faiblesse de différents motifs qui exercent une puissante influence sur l'esprit et la volonté de l'homme, tels que la honte attachée au crime et au châtiment, la crainte du déshonneur, le besoin de l'estime publique ? Autrement, les sourds-muets, déjà si disgraciés de la nature, seraient traités par leurs semblables avec plus de sévérité que ceux qui jouissent de l'intégrité de tous leurs sens [2]. Il résulte de ces observations que la surdi-mutité modifie singulièrement la responsabilité en matière criminelle, et que dès lors il serait juste de poser à l'égard des sourds-muets la même question sur le discernement que la loi autorise à l'égard des accusés de moins de seize ans.

Cette lacune a été réparée dans la législation italienne et dans la législation belge. L'art. 76 du Code pénal belge porte : « Lorsqu'un sourd-muet, âgé de plus de seize ans accomplis, aura commis un crime ou un délit, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté. S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcées conformément aux art. 73, 74 et 75 », c'est-à-dire atténuées [3].

328. Nous passons à l'examen des dispositions de la loi.

L'art. 66 est ainsi conçu : » Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il

1. *Ibid.*, p. 211 et 213.

2. Leçons de médecine légale, t 2, p. 171.

3. * * L'art. 58 du Code pénal allemand porte : « Le sourd-muet dépourvu de l'intelligence nécessaire pour comprendre le caractère délictueux de l'acte par lui commis, devra être acquitté. — Même disposition, avec plus de détails, dans l'art. 98 du Code pénal russe et dans le Code pénal hongrois.

sera acquitté ; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parents, ou conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années que le jugement déterminera, et qui toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année. »

On lit dans l'exposé des motifs : « Le Code détermine l'influence de l'âge des condamnés sur la nature et la durée des peines. Il s'occupe, d'abord, de celui qui, au moment de l'action, n'avait pas encore seize ans. On se rappelle que l'art. 340 du Code d'instruction criminelle a décidé qu'à l'égard de l'accusé qui se trouverait dans cette classe, la question de savoir s'il a commis l'action avec discernement serait examinée. Les dispositions actuelles règlent ce qui doit être ordonné d'après le résultat de l'examen. Si la décision est négative, l'accusé doit nécessairement être acquitté; car il serait contradictoire de le déclarer coupable d'un crime, et de dire en même temps que ce dont il est accusé a été fait par lui sans discernement. Les juges prononceront donc qu'il est acquitté ; mais ils ne pourront pas le faire rentrer dans la société, sans pourvoir à ce que quelqu'un ait les regards fixés sur sa conduite : ils auront l'option de le rendre à ses parents, s'ils ont en eux assez de confiance, ou de le tenir renfermé durant un espace de temps qu'ils détermineront. Cette détention ne sera pas une peine, mais un moyen de suppléer à la correction domestique, lorsque les circonstances ne permettront pas de le confier à la famille. »

Ces lignes exposent avec clarté le système et le but de la loi. Une présomption d'innocence est établie par le premier article en faveur des prévenus qui n'ont pas atteint l'âge de seize ans ; cette présomption oblige à poser une question sur leur discernement, et, si cette question est résolue négativement, ils sont non pas absous, mais pleinement *acquittés* ; la loi les remet à la correction domestique. La détention que les juges peuvent, même dans ce cas, leur imposer, n'est donc point une peine, mais un moyen de suppléer à cette correction. Nous suivrons plus loin l'application de ces principes que la jurisprudence a quelquefois méconnus.

329. Après la présomption favorable qu'elle créait en faveur

de ces prévenus, la loi a placé l'excuse dans le cas même où ils auraient agi avec discernement. Les art. 67 et 69 modifiés prononcent une atténuation des peines en leur faveur, lorsqu'ils se sont rendus coupables soit d'un crime, soit d'un simple délit.

« Si la décision, dit l'exposé des motifs, porte que l'action a été commise avec discernement, il ne s'agit plus de correction, c'est une peine qui doit être prononcée ; seulement ce ne sera ni une peine afflictive, ni infamante. La loi suppose que le coupable, quoique sachant bien qu'il faisait mal, n'était pas encore en état de sentir toute l'étendue de la faute qu'il commettait, ni de concevoir toute la rigueur de la peine qu'il allait encourir. Elle ne veut point le flétrir, dans l'espoir qu'il pourra devenir un citoyen utile ; elle commue, en sa faveur, les peines afflictives en peines de police correctionnelle ; elle ne le soumet point à l'exposition aux regards du peuple ; enfin, elle consent, par égard pour son jeune âge, à le traiter avec indulgence, et ose se confier à ses remords. »

L'art. 67, rédigé d'après ces motifs, est ainsi conçu : « S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit : « S'il a encouru la peine de mort, des travaux forcés à perpétuité, de la déportation, il sera condamné à la peine de 10 à 20 ans d'emprisonnement dans une maison de correction. S'il a encouru la peine des travaux forcés à temps, de la détention ou de la réclusion, il sera condamné à être enfermé dans une maison de correction pour un temps égal au tiers au moins, et à la moitié au plus, de celui pour lequel il aurait pu être condamné à l'une de ces peines. Dans tous les cas, il pourra être mis par l'arrêt ou le jugement sous la surveillance de la haute police pendant trois ans au moins, et dix ans au plus. S'il a encouru la peine de la dégradation civique ou du bannissement, il sera condamné à être enfermé, d'un an à cinq ans, dans une maison de correction. »

L'art. 69 établit une atténuation de la même nature pour le cas où le fait ne constitue qu'un délit : « Dans tous les cas où le mineur de seize ans n'aura commis qu'un simple délit, la peine qui sera prononcée contre lui ne pourra s'élever au-

dessus de la moitié de celle à laquelle il aurait pu être condamné s'il avait eu seize ans. »

Nous ferons remarquer en passant que cet article a été légèrement modifié par la loi du 28 avril 1832. L'article abrogé portait ces termes : *Si le coupable n'a encouru qu'une peine correctionnelle*, ce qui semblerait se rapporter à la nature de la condamnation plutôt qu'au caractère primitif du fait. La correction a eu pour objet de faire dépendre l'atténuation de la peine de ce seul caractère. Si ce fait constitue un crime, alors même que le mineur n'aurait encouru qu'une peine correctionnelle, l'article est inapplicable.

La mesure de cette atténuation des peines doit, au reste, paraître pleinement suffisante : le châtiment, en effet, s'abaisse à la moitié et même jusqu'au tiers de la peine encourue ; la peine de mort et les peines perpétuelles sont remplacées par une détention qui ne peut excéder vingt ans ; enfin, le système des circonstances atténuantes, ainsi que nous le verrons plus loin, peut encore modifier ces pénalités déjà réduites. Les législations les plus indulgentes n'ont point dépassé de pareilles limites. Elles concilient les vœux que l'humanité peut former en faveur d'une jeunesse égarée, avec la nécessité d'une répression que le discernement du condamné ne laisse plus mettre en doute.

330. Une troisième modification qui avait été introduite en faveur des mineurs de 16 ans, par l'art. 1er de la loi du 25 juin 1824[1], a été a peu près textuellement transportée dans la loi du 28 avril 1832, et forme aujourd'hui l'art. 68 du Code pénal. Cette transposition a été expliquée, lors des discussions de la loi modificative, dans les termes suivants : « L'art. 1er de la loi du 25 juin 1824 a déféré aux tribunaux correctionnels les mineurs âgés de 16 ans qui se seraient rendus coupables de crimes autres que ceux auxquels la loi attache la peine de mort, celle des travaux forcés à perpétuité, ou celle de la déportation. Cette loi devait trouver place dans le projet actuel. Nous avons pensé que cette disposition ne trouvait pas convenablement sa place à l'art. 67, qu'il fallait qu'elle

1. Cette loi a été abrogée par l'art. 103 de la loi du 28 avril 1832.

fût entièrement isolée de cet article, afin qu'on pût trouver plus facilement les rapports qu'elle a essentiellement tout à la fois avec ce dernier article et avec l'article précédent. Il fallait donc trouver une autre place : cette place est naturellement celle de l'art. 68, qui devient sans objet au moyen d'une disposition que vous avez adoptée précédemment. »

Cet art. 68 est ainsi conçu : « L'individu, âgé de moins de seize ans, qui n'aura pas de complices présents au-dessus de cet âge, et qui sera prévenu de crimes autres que ceux que la loi punit de la peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la peine de la déportation, ou de celle de la détention, sera jugé par les tribunaux correctionnels, qui se conformeront aux deux articles ci-dessus. »

Le but de cette dernière exception au droit commun est donc de soustraire les accusés de moins de 16 ans à la juridiction des Cours d'assises, toutes les fois qu'ils n'ont pas de complices, ou que le crime dont ils sont prévenus emporte la peine des travaux forcés à temps ou de la réclusion. Cette dérogation, à côté de quelques avantages, offre d'incontestables inconvénients. Elle évite au mineur la solennité des assises, la flétrissure d'un débat qu'une plus grande publicité environne ; elle permet d'abréger la détention provisoire, en imprimant à la procédure une plus grande célérité ; enfin, elle institue dans le tribunal correctionnel, en quelque sorte, un tribunal de famille, qu'elle charge d'une mission répressive et paternelle à la fois. Mais ce dernier avantage se retrouverait au même degré sans doute dans le jury, plus apte à apprécier les questions de moralité et de discernement. Il est à craindre que les tribunaux correctionnels, juges permanents, n'apportent, dans le jugement de ces accusés, ces règles fixes que la jurisprudence établit, et qui peuvent entraîner une fausse appréciation du fait et de l'accusé. Les jurés ne sont-ils pas les juges naturels des accusés de moins de 16 ans comme des autres accusés ? Auraient-ils moins d'indulgence et de paternité ? Sauraient-ils moins apprécier les causes impulsives du crime, faire la part des passions et de la légèreté du mineur, discerner la mesure de son intelligence ? Un grand inconvénient de ce changement de juridiction est d'ail-

leurs d'apporter dans cette compétence des hésitations et des difficultés qui embarrassent des règles qui devraient être évidentes pour tous. Aussi le législateur a-t-il été obligé de faire des exceptions à l'exception qu'il créait : si le prévenu a des complices, ou si son crime est passible de la peine capitale ou d'une peine perpétuelle, la juridiction des assises, ainsi qu'on le verra plus loin, se trouve nécessairement saisie ; de sorte que l'exception qui investit les tribunaux correctionnels se restreint dans l'application, et c'est peut-être un motif encore de la faire disparaître ; car, en admettant même qu'elle ait quelques effets salutaires, cette utilité n'est que secondaire, puisqu'elle ne s'exerce que partiellement, et l'on eût évité des conflits de juridiction qui entravent nécessairement la marche de la justice criminelle.

331. Il résulte des observations qui précèdent que le Code pénal a dérogé au droit commun, en faveur des détenus au-dessous de seize ans, sous trois rapports différents : 1° la loi les protége par une présomption d'innocence qui oblige à prouver qu'ils ont agi avec discernement ; 2° alors même que le discernement est établi, elle voit encore dans leur âge une excuse, et leurs peines sont atténuées ; 3° enfin, ils sont justiciables de la juridiction correctionnelle, alors même qu'ils sont prévenus de crimes.

Nous allons successivement développer ces trois dispositions exceptionnelles,

Que faut-il d'abord entendre par l'expression : *les individus âgés de moins de seize ans.* ? Ces mots désignent-ils tous les individus qui n'ont pas seize ans accomplis, ou bien seulement ceux qui ne sont pas entrés dans leur seizième année ? Quelques criminalistes ont pensé que les art. 66 et suivants ne peuvent être invoqués que par celui qui est encore dans sa quinzième année. On fait remarquer, en faveur de cette opinion, que, lorsque le législateur veut designer un certain nombre d'années *accomplies*, il le dit expressément, ainsi qu'on le voit dans les art. 66 *in fine*, 70, etc., du Code pénal, dans l'art. 368 du Code civil, etc. On cite ensuite l'adage : *Annus inceptus pro completo habetur*. Nous croyons, malgré ces raisons, qu'on doit entendre, par individus âgés

de moins de seize ans, tous ceux qui n'ont pas encore accompli leur seizième année, bien que leur quinzième soit révolue. En effet, le Code pénal de 1791 (1re part., tit. 5, art. 1) désignait en termes exprès l'âge de *seize ans accomplis*. Rien n'annonce que le législateur de 1810 ait voulu modifier cette disposition. Cette interprétation est d'ailleurs en harmonie avec le sens naturel et grammatical, et l'on doit ajouter que dans le doute l'opinion la plus favorable devrait être adoptée [1].

Il faut remarquer encore qu'il suffit que les seize ans ne soient pas accomplis *au moment du crime ou du délit*, pour que le mineur puisse invoquer le bénéfice de l'art. 66. Cela résulte de la raison même qui motive cette exception ; et la loi confirme cette interprétation, puisqu'elle fait coïncider l'âge de seize ans avec l'époque du délit, le moment *où il a agi*.

332. Toutes les fois qu'un accusé de moins de seize ans est mis en jugement, le président, aux termes de l'art. 340 du Code d'instruction criminelle, doit, *à peine de nullité*, poser cette question : *l'accusé a-t-il agi avec discernement*? La loi modificative du 28 avril 1832 a ajouté à l'article ces mots : *à peine de nullité* ; et toutefois il n'y avait point ici d'abus à réformer : la Cour de cassation avait plusieurs fois annulé des arrêts, par cela seul qu'ils avaient omis de mentionner la position de cette question [2]. Du reste, cette position doit avoir lieu devant le tribunal correctionnel comme devant la Cour d'assises, car le principe est général, et l'article 68 déclare formellement que les *tribunaux correctionnels se conformeront aux deux articles ci-dessus*. Il faut donc que le jugement constate, à peine de nullité, que la question de discernement a été posée et résolue [3].

Cette question ne doit plus être posée s'il est constant que

1. V. dans ce sens Carnot sur l'art. 66. L'art. 903 C. civ., relatif à la liberté de disposer, parle également du mineur *âgé de moins de seize ans*, et les auteurs entendent par là tout mineur *qui n'a pas accompli sa seizième année*, malgré la faveur due à la liberté de disposer.

2. Cass., 9 therm. an VIII, 8 brum. an IX, 16 août 1822, etc.

3. Cass., 20 mars 1841, Bull. n. 74 ; 12 août 1843, Bull. n. 205.

l'accusé a plus de seize ans ; mais quelques difficultés peuvent s'élever à cet égard. Rappelons d'abord que, dans ce cas, l'arrêt qui rejette la demande de l'accusé tendant à poser la question de discernement, doit nécessairement être motivé ; car cet arrêt, qui a pour objet de modifier le fait de l'accusation, la culpabilité de l'accusé et l'application de la peine, ne peut être considéré comme un arrêt d'instruction, ou comme un arrêt simplement préparatoire [1]. Rappelons encore que l'existence du discernement, dans les accusés de plus de seize ans, n'est et ne peut être que *présumée par le législateur*. C'est aux jurés, c'est aux juges à se convaincre, par l'audition attentive des débats, que cet accusé a connu toute la portée de son action, toute la responsabilité qui devait en résulter pour lui, en un mot qu'il a agi avec discernement. Le jugement sur la responsabilité morale est entièrement abandonné à leur conscience ; et, s'ils acquièrent la conviction que l'accusé, quoique âgé de plus de seize ans, a néanmoins agi sans discernement, ils doivent l'acquitter, comme ils l'acquitteraient s'il avait moins de seize ans. Seulement cette formule, que l'accusé a agi sans discernement, ne suffirait plus pour entraîner cet acquittement [2] ; il faudrait qu'il fût déclaré non coupable.

Si l'accusé de moins de seize ans est renvoyé devant la Cour d'assises à raison de plusieurs chefs d'accusation, il y a lieu de poser une question de discernement sur chaque chef séparément ; car, en ce qui concerne le mineur de 16 ans, le discernement est un des éléments essentiels de la culpabilité légale, et par suite une partie substantielle de l'accusation sur chacun des crimes qui en font l'objet; or, comme des solutions différentes sur la question de discernement peuvent être motivées par des circonstances qu'il appartient au jury d'apprécier souverainement quant aux divers chefs d'accusation, il s'ensuit nécessairement que cette question doit être reproduite distinctement à la suite de chacun de ces chefs : une

1. Cass., 14 oct. 1826, J. P., t. 20, p. 885.
2. Cass., 1er sept. 1826, S. 27.1.303, J. p., t. 20, p. 862.

question unique commune à tous les chefs serait nulle pour vice de complexité [1].

333. En thèse générale, l'accusé constate son âge par la production de son acte de naissance ; mais, s'il ne peut produire cet acte, s'ensuit-il qu'il doive perdre le bénéfice de la loi ? La Cour de cassation a jugé l'affirmative, en se fondant sur ce qu'il y a présomption légale, quand l'acte de naissance n'est pas produit, que le prévenu n'était pas âgé de moins de seize ans [2]. Il nous paraît impossible d'admettre une semblable présomption, qui ne s'appuie sur aucune disposition de la loi : l'âge de l'accusé est un fait, un élément d'aggravation ou d'atténuation de la peine, et il nous semble qu'en cas de doute, ce fait doit, comme tous les autres, être soumis à l'appréciation du jury ; car, de ce que la preuve authentique d'un fait n'est pas produite, comment conclure qu'elle n'existe pas ? Comment d'une simple omission induire une présomption légale ? Cette présomption ne devrait-elle pas d'ailleurs exister également en faveur de l'accusé ? Et puisque l'âge de seize ans accomplis est une circonstance aggravante, n'est-ce pas au ministère public à l'établir [3] ?

On peut remarquer au reste, dans l'espèce de l'arrêt que nous venons de citer, une circonstance favorable à notre opinion. L'accusé n'avait produit qu'après sa condamnation un acte de naissance duquel il résultait qu'il n'avait pas seize ans ; et la Cour de cassation, en rejetant son pourvoi, motiva surtout ce rejet sur ce qu'il n'est pas dans ses attributions de juger le mérite des actes qui n'ont pas été produits devant les

1. Cass., 9 fév. 1854, Bull. n. 30.

2. Cass., 19 avril 1821, J. P., t. 16, p. 559.

3. * * Nous pensons aussi que c'est au ministère public à faire la preuve, non pas parce que « l'âge de seize ans accomplis est une circonstance aggravante », mais parce que la minorité de seize ans n'est pas une excuse *exceptionnelle* et qui ait besoin par cela même d'être prouvée par celui qui l'invoque, en vertu de la règle *reus excipiendo fit actor* : c'est l'état normal par lequel tous passent avant de parvenir à la majorité. Dès lors, c'est au ministère public, qui doit prouver l'accusation tout entière, à établir la pleine responsabilité, c'est-à-dire la majorité de l'accusé.

tribunaux qui ont rendu le jugement attaqué [1]. Cette décision spéciale a néanmoins été critiquée [2]. « Faudra-t-il que l'accusé, a dit M. Carnot, porte sa tête sur l'échafaud, lorsqu'il pourrait être si facilement constaté qu'il n'avait pas réellement l'âge de 16 ans accomplis, quand il s'était rendu coupable ? La poursuite des crimes doit être faite à charge et à décharge, et l'accusé n'aurait pas allégué qu'il n'était pas âgé de seize ans accomplis, qu'il serait du devoir du ministère public de s'en assurer ; si le ministère public a négligé de remplir ce devoir sacré, l'accusé devrait-il devenir la victime d'une telle imprévoyance ? Cependant il le deviendrait si, son acte de naissance à la main, il n'en devait pas moins subir une peine qu'il n'aurait pas encourue. » Le seul moyen d'éviter ces inconvénients est de consulter le jury sur l'âge de l'accusé, toutes les fois qu'il y a quelque doute sur cet âge ; et c'est le parti qui a été, en dernier lieu, adopté par la Cour de cassation. Un arrêt du 26 septembre 1850 dispose, en effet, « qu'aux termes de l'art. 340, Code d'instruction criminelle, si l'accusé a moins de 16 ans, le président doit, à peine de nullité, poser une question relative au discernement ; que la question de savoir si l'accusé a moins de 16 ans, ayant pour objet un fait essentiellement modificatif de la criminalité, doit être posée au jury toutes les fois que les énonciations de l'arrêt de mise en accusation ou *les résultats du débat* paraissent l'indiquer ; que, dans l'espèce, l'ordonnance de prise de corps énonce que l'accusé avait *près de seize ans* à l'époque de la perpétration du crime ; que cette ordonnance, confirmée par l'arrêt de renvoi, fait corps avec cet arrêt ; que néanmoins ce même arrêt dans son préambule et l'arrêt de la Cour d'assises, qui en reproduit les termes, portent que l'accusée était *âgée de seize ans* ; mais que cette énonciation,

1. * * Jugé dans le même sens que la constatation dans l'arrêt de mise en accusation, ou dans l'ordonnance de prise de corps qui en fait partie intégrante, que l'accusé était âgé de plus de seize ans au moment du crime, est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation (Cass. 13 déc. 1881 ; Bull. n° 268).

2. M. Magnin, Traité des minorités, t. 2, p. 501 ; M. Carnot, t. 1er, p. 213.

qui n'indique point qu'il y ait eu vérification de ce fait, ne suffit pas pour détruire la première ; que dès lors le président de la Cour d'assises avait le devoir de soumettre au jury une première question sur le point de savoir si l'accusée avait moins de seize ans [1].

Au surplus, cette question, comme on l'a déjà dit, ne peut, en matière de grand criminel, être résolue que par le jury [2]. Dans plusieurs espèces où la Cour d'assises s'était déclarée incompétente à raison de l'âge de l'accusé, la Cour de cassation a posé en principe qu'il n'appartient qu'au jury de décider si, au moment du crime imputé à l'accusé, il était ou non âgé de moins de 16 ans, et que la Cour d'assises ne peut juger cette question sans sortir des bornes de sa compétence. Ces arrêts déclarent : « que la circonstance de l'âge de l'accusé au-dessous de seize ans est essentiellement modificative de la criminalité ; qu'aux termes des art. 66 et 67, elle efface le crime ou change la peine selon que l'accusé est déclaré avoir agi avec ou sans discernement ; qu'elle ne peut pas être fixée d'une manière absolue et par la seule considération de l'époque à laquelle l'accusé a pris naissance ; mais qu'elle doit l'être dans son rapport avec l'époque souvent incertaine à laquelle il aurait commis le crime qui lui est imputé ; que cette circonstance se lie donc au fait même de l'accusation ; qu'elle en forme un des principaux éléments ; d'où il suit que la solution de la question qui la concerne rentre nécessairement dans les attributions du jury [3]. »

334. L'art. 66 dispose formellement que l'accusé qui est reconnu avoir agi sans discernement doit être acquitté. Il est évident, en effet, que l'absence du discernement dans l'agent dépouille l'action de toute criminalité. Or, de cette règle se déduisent plusieurs corollaires.

Il en résulte, en premier lieu, que cet accusé ne peut être

1. Cass., 26 sept. 1850, Bull. n. 329; Conf. Legraverend, t. 2, p. 339. — * * V. aussi Cass., 12 août 1880 ; Bull. n° 159.

2. * * Cass., 21 juin 1872 ; Bull. n° 147.

3. Cass., 20 avril 1827, Bull. n. 89 ; 4 mai 1839, Bull. n. 145 ; 26 sept. 1846, Bull. n. 258.

l'objet d'aucune mesure répressive ; et la Cour de cassation s'est conformée à ce principe, en jugeant : 1° qu'il ne peut être mis sous la surveillance de la haute police [1] ; 2° qu'il ne peut, à plus forte raison, être condamné à un emprisonnement quelconqne [2]. Il en résulte encore cette conséquence, que la *détention* dont le mineur même acquitté peut être l'objet n'est point une peine ; cette mesure (et c'est ce qu'établit l'exposé des motifs cité plus haut) n'a d'autre caractère que celui d'une correction domestique. « Cette correction autorisée par la loi n'a aucun caractère pénal, et a été instituée au contraire par le législateur dans des vues de protection en faveur des individus qui en sont l'objet [3]. « C'est en quelque sorte une tutelle substituée à la tutelle de la famille, lorsque celle-ci n'offre pas des moyens suffisants de surveillance, des garanties d'une bonne éducation. Et, en effet, il ne s'agit plus alors de punir un délit, puisqu'il est reconnu que le fait n'est pas criminel, que le délit n'existe pas ; il ne s'agit que de prévenir de perverses inclinations, de corriger des penchants vicieux, en un mot, de faire donner à l'enfant l'instruction et l'éducation qui lui manquent, et c'est là la mission et le but de la détention qui est appliquée aux mineurs. C'est par suite de ce principe, conséquence nécessaire de l'acquittement du prévenu, que la jurisprudence a reconnu que cette mesure, prise à l'égard d'un prévenu de moins de 16 ans, ne peut jamais être considérée comme une première peine élémentaire de la récidive [4].

La loi du du 5 août 1850 n'a fait que développer et mettre en action cette doctrine, lorsqu'elle a édicté les dispositions qui suivent : « Art. 1er. Les mineurs des deux sexes, détenus à raison de crimes, délits, contraventions aux lois fiscales ou par voie de correction paternelle, reçoivent, soit pendant

1. Cass., 16 août 1822, J. P., t. 17, p. 567. — * * La décision serait la même pour l'interdiction de séjour substituée à la surveillance par l'art. 19 de la loi du 27 mai 1885.

2. Cass., 4 oct. 1845, Bull. n. 316.

3. Cass., 25 mars 1843, Bull. n. 68.

4. Arr. Paris, 9 déc. 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 323.

leur détention préventive, soit pendant leur séjour dans les établissements pénitentiaires, une éducation morale, religieuse et professionnelle. — Art. 2. Dans les maisons d'arrêt et de justice, un quartier distinct est affecté aux jeunes détenus de toute catégorie.—Art. 3. Les jeunes détenus acquittés en vertu de l'art. 66 du C. pén. comme ayant agi sans discernement, mais non remis à leurs parents, sont conduits dans une colonie pénitentiaire; ils y sont élevés en commun, sous une discipline sévère, et appliqués aux travaux de l'agriculture, ainsi qu'aux principales industries qui s'y rattachent. Il est pourvu à leur instruction élémentaire. — Art. 4. Les colonies pénitentiaires reçoivent également les jeunes détenus condamnés à un emprisonnement de plus de six mois et qui n'excède pas deux ans. »

335. La durée de cette détention a fait naître une question intéressante : on a demandé si elle peut être prononcée pour moins d'une année. La Cour de cassation s'était d'abord décidée pour la négative : « attendu que ces expressions de l'article 66 : *tel nombre d'années*, prouvent clairement que la volonté du législateur a été que la détention qu'il ordonne, dans le but et l'espoir d'effacer les mauvaises impressions reçues par l'individu, et de changer sa conduite, n'ait pas une durée moindre d'une année[1]. » Depuis, cette jurisprudence a été modifiée, et il a été reconnu : « que l'art. 66 n'a établi qu'un *maximum* de la durée de la détention, et ne s'oppose pas à ce que cette détention soit fixée à moins d'une année. D'où il suit que les juges peuvent ordonner que l'enfant, acquitté pour avoir agi sans discernement, soit conduit dans une maison de correction pour y être élevé et détenu pendant six mois[2]. » Cette dernière opinion doit seule, suivant nous, être suivie. Elle s'appuie sur le texte de l'art. 66, et elle est conforme à son esprit, puisque les juges, qui remplacent dans cette circonstance le père de famille, doivent être investis du pouvoir de mesurer la durée de la détention d'après la perversité présumée du mineur.

1. Cass., 10 oct. 1811, J. P., t. 9, p. 640.
2. Cass., 8 fév. 1833, J. P., t. 25, p. 145.

C'est dans ce sens que la Cour de cassation a jugé en dernier lieu « que les art. 66, 67, 68 et 69 ont pour objet de subvenir à la faiblesse de l'âge, et qu'ils dérivent d'un seul et même principe dont ils règlent les conséquences suivant les divers cas qu'ils prévoient ; qu'il suit de là qu'aucune distinction ne saurait être admise entre la disposition qui prescrit l'acquittement du mineur au-dessous de seize ans, lorsqu'il a agi sans discernement, et celles qui le font jouir d'une modération de peine, lorsqu'il a agi avec discernement ; que l'article 69 n'a établi, pour le cas où il y a condamnation, qu'un maximum au-dessus duquel ne peut être élevée la peine, sans déterminer la limite de sa réduction ; que cette réduction dès lors est abandonnée à une appréciation discrétionnaire qui la mesure sur le caractère particulier qu'impriment à la prévention admise contre le mineur, soit les différentes phases de cette minorité, soit les autres circonstances propres à modifier la moralité du fait punissable[1]. » Toutefois l'emprisonnement ne peut être abaissé, en vertu de l'art. 69, lorsque la matière n'admet pas l'application de l'art. 463, au delà de la limite de six jours fixée par l'art. 40[2].

336. Une troisième conséquence de l'acquittement du mineur doit être son affranchissement des frais de la procédure ; car la loi criminelle ne fait peser ces frais que sur ceux qui ont succombé dans les poursuites (art. 368, C. inst. crim.). Cette question, que la Cour de cassation a résolue dans un sens opposé, a été examinée plus haut[3].

337. La Cour de cassation avait d'abord posé en principe que la présomption favorable établie par l'art. 66 devait être restreinte dans les limites du Code pénal, et qu'elle ne pouvait en conséquence être appliquée à l'égard des crimes ou délits que ce Code n'a pas prévus. Cette jurisprudence avait été appliquée à l'égard des délits forestiers[4], des contraventions

1. Cass., 3 fév. 1849, Bull. n. 15.

2. Cass., 11 janv. 1856, Bull. n. 15.

3. V. *suprà*, p. 260. Aux arrêts cités on doit ajouter les arr. Cass., 25 mars 1843, Bull. n. 68 ; Journ. du dr. crim., 1843, p. 205 ; 16 janv. 1846, Bull. n. 23 ; Journ. du dr. crim., 1846, p. 134. — ** V. aussi p. 260, n. 3.

4. Cass., 2 juill. 1813, Bull. n. 145.

en matière de douanes et des délits de chasse [1]. Au reste, le motif sur lequel s'appuyaient ces décisions est « que les lois spéciales qui punissent ces délits ne contiennent aucune disposition qui autorise les tribunaux à prendre en considétion l'âge et le défaut de discernement des délinquants dont elles s'occupent ». Nous ne pouvons donner notre assentiment à l'induction que l'on tire de ce silence des lois spéciales. La règle que consacre l'art. 66 n'est point un de ces principes qui, placés dans un Code, ont pour limites les limites mêmes de ce Code. Elle résulte de la nature des choses, elle se puise dans les lois de la nature humaine, dans l'étude des progrès de l'intelligence de l'homme. C'est une loi générale qui domine toutes les lois, une règle commune qui plane sur toutes les législations, car elle prend son origine dans un fait commun à toutes les actions de l'homme, son ignorance présumée de a criminalité de ses actes jusqu'à l'âge de seize ans accomplis. Prétendrait-on créer une exception à cette loi commune, à l'égard des délits spéciaux ? Mais il faudrait prouver alors que l'enfant, dont l'intelligence est trop débile pour concevoir la criminalité d'un délit commun, a toute l'intelligence nécessaire pour apprécier et comprendre les délits spéciaux ; il faudrait admettre qu'inhabile à discerner la culpabilité d'un vol ou d'un assassinat, sa conscience lui révélerait sans peine la criminalité d'un délit de douanes, d'une contravention aux lois sur la chasse, d'une infraction à la police sanitaire. Or, n'est-il pas évident que les délits spéciaux qui varient chez les divers peuples suivant les besoins et les mœurs, et qui puisent leur criminalité relative dans la loi et non dans la conscience humaine, sont plus difficiles à saisir que des infractions communes que les plus simples notions de la morale révèlent plus ou moins vivement ? A la vérité, dans certaines matières spéciales, le fait matériel constitue à lui seul la contravention. Aussi, on pourrait peut-être admettre, avec la Cour de cassation [2], que les contraventions purement matérielles échap-

1. Cass., 5 juill. 1839, Bull. n. 216.
2. Cass., 22 nov. 1811.

pent à l'application de notre règle[1]. Mais toutes les contraventions qui admettent la fraude comme élément constituent de véritables délits, et c'est surtout en ce qui concerne les infractions de cette nature que la présomption de non-discernement devrait protéger les mineurs de 16 ans. On objecte, avec plus de puissance, l'impossibilité où sont les juges de modifier les peines. Mais il faut prendre garde que nous ne prétendons point transporter hors du Code son art. 67 et les catégories de peines atténuantes qu'il établit en faveur des mineurs de seize ans qui ont agi avec discernement ; il ne s'agit point ici de l'excuse qui peut militer pour cette classe de prévenus, il s'agit uniquement de la présomption favorable qui doit planer sur tout prévenu de cet âge, et de l'obligation de renvoyer des poursuites celui qui a commis le fait imputé, mais sans discernement, On oppose, enfin, l'art. 484 du Code pénal, qui maintient toutes les lois pénales relatives à des matières sur lesquelles ce Code n'a pas statué. Mais le seul but de cette disposition a été de ne pas mettre obstacle aux poursuites qui sont dirigées en vertu de ces lois particulières ; et il ne peut en résulter que l'art 66, qui pose un principe général d'excuse, de même que les art. 59 et 60 ont posé un principe général de responsabilité criminelle, ne puisse étendre son empire sur tous les délits, soit ordinaires, soit spéciaux, commis par les mineurs. Nous pensons donc que c'est un devoir pour les juges, de quelque nature que soit le délit poursuivi, de poser et de résoudre la question de discernement en faveur du prévenu de moins de seize ans, avant toute application de la peine. Cette opinion, quelque temps contestée, a été enfin pleinement consacrée par la Cour de cassation. Cette Cour a décidé, — en matière de douanes, « que la disposition de l'art. 66 doit, comme celle de l'art. 64, relative à la démence et à la contrainte, être suivie dans toutes les matières, même celles qui sont réglées par des lois spéciales, à moins que

1. * * Nous avons dit déjà que la Cour suprême paraît avoir définitivement abandonné la théorie qui mettait dans une classe à part les *délits-contraventionnels*, et refusait de leur appliquer les principes généraux qui régissent les délits.

ces lois ne contiennent à ce sujet quelque dérogation expresse ou tacite ; que l'art. 16 de la loi du 9 floréal an VII, qui défend, en matière de douanes, d'excuser les contrevenants sur l'intention, ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 66 ; qu'en effet l'intention n'est pas la même chose que le discernement, celui-ci se rapportant à la conscience que l'on a de ses actes, et l'intention à la volonté qui les fait commettre ; que l'intention criminelle peut manquer là où le discernement existe, mais que l'absence de discernement est une cause de justification beaucoup plus péremptoire [1] ; » — en matière de délits forestiers, « que la disposition de l'art. 66 du C. pén., dérivant des principes qui fondent la moralité des actions, est générale et absolue, et, à défaut de dérogation virtuelle ou expresse, s'étend même aux matières réglées par les lois spéciales [2] ; » — en matière de délits de chasse, « que la loi du 3 mai 1844 ne contient aucune dérogation aux art. 66, 67, 68 et 69 [3]. » Enfin, la même Cour a admis, comme une conséquence du même principe, « que les dispositions de l'art. 66 sont applicables aux simples contraventions comme aux crimes et aux délits [4]. »

1. Cass., 20 mars 1841, Bull. n. 71 ; 18 mars 1842, n. 67 ; 13 mars 1844, n. 98 ; 11 oct. 1855, n. 345 ; 11 janv. 1856, n. 15.

2. Cass., 3 janv. 1846, Bull. n. 8 ; 26 déc. 1845, n. 371.

3. Cass., 18 juin 1846 Bull. n. 151, 3 janv. 1845, n. 4 ; 3 fév. 1849, n. 28. — * * V. aussi Cass , 9 avril 1875 ; Bull. n° 121.

4. Cass., 10 juin 1842, Bull. 142 ; 2 sept. et 8 déc. 1842, n. 228 et 319 ; 13 avril 1844, n. 339 ; 7 mars 1845, n. 87 ; 24 mai 1855, n. 172 ; 22 juin 1855, n. 227 ; 21 mars 1868, n. 78.. — * * V. dans le même sens Cass., 7 janv. 1876 ; Bull. n° 13. Cet arrêt dispose « que l'art. 66 C. P., qui veut que l'accusé ayant moins de 16 ans soit acquitté lorsqu'il est décidé qu'il a agi sans discernement, pose un principe général, commun aux crimes, aux délits et aux contraventions de simple police ». — Nous croyons tout-à-fait qu'en matière de contraventions de police, comme en toute autre, il faut que les conditions de l'imputabilité pénale soient réunies pour qu'il y ait condamnation ; mais nous ne croyons pas que l'art. 66, qui n'est fait que pour les crimes et les délits, ainsi qu'il résulte et de l'intitulé du chapitre sous lequel il est écrit et des différents articles qui l'entourent, particulièrement de l'art. 69, soit ici applicable ; et, par exemple, nous ne saurions reconnaître au juge saisi d'une contravention le droit de renvoyer le mineur dans une maison de correction.

338. Les peines modifiées, dont les prévenus de moins de 16 ans, qui ont agi avec discernement, sont passibles, ont fait naître plusieurs difficultés.

Quelques tribunaux avaient pensé que le tiers de la peine qui leur est applicable, d'après le 3e § de l'art. 67, devait s'entendre du *tiers du maximum* de cette peine, abstraction faite de son *minimum*. Ce système était absurde, puisque, lorsqu'il se serait agi, par exemple, des travaux forcés à temps, la détention correctionnelle n'aurait pu être moindre de six ans et huit mois, et qu'ainsi le mineur eût été, quant à la durée de la peine, plus rigoureusement traité qu'un individu au-dessus de cet âge. La Cour de cassation a donc déclaré avec raison : « que l'art. 67, en déterminant la peine à infliger aux mineurs de 16 ans qui avaient commis avec discernement des crimes emportant les travaux forcés à temps et la réclusion, a modifié ces deux peines, non-seulement quant à la gravité de leur nature, en les remplaçant par la détention correctionnelle, mais aussi quant à leur durée, en restreignant celle-ci à la limite du tiers à la moitié ; et que, d'après les art. 19 et 21 du même Code pénal, la durée, soit des travaux forcés à temps, soit de la réclusion, pouvant n'être que de 5 ans, il s'ensuit, par une conséquence nécessaire des dispositions dudit art. 67, que la durée de la détention correctionnelle d'un mineur de 16 ans peut n'être que du tiers de cinq ans, c'est-à-dire de vingt mois[1]. »

Il a été également reconnu par la jurisprudence qu'il est contraire au vœu de l'art. 69 d'appliquer au condamné pour délit correctionnel, qui a agi avec discernement, *la moitié* de la peine qu'il aurait précisément subie s'il avait eu seize ans accomplis. Il est nécessaire que la peine appliquée soit *au-dessous* de la *moitié* de celle qu'il aurait dû subir s'il avait eu cet âge[2]. Cette solution n'est que l'application textuelle de la loi.

Il ne peut être douteux, au reste, que la peine d'emprisonnement portée par les art. 67 et 69 ne puisse, outre l'atténua-

1. Cass., 15 janv. 1825, Bull. n. 4.
2. Arr. Bordeaux, 26 août 1830, Journ. du dr. crim., 1830, p. 359.

tion que motive l'âge de l'accusé, recevoir, s'il existe des circonstances atténuantes, l'application de l'art. 463, et être réduite, par conséquent, même à une peine de simple police. En effet, la minorité, considérée comme circonstance d'excuse, convertit les peines afflictives et infamantes encourues par les mineurs en peines correctionnelles. Mais, à côté de cette excuse, d'autres circonstances peuvent se rencontrer dont il est impossible de ne pas leur tenir compte comme à tous les prévenus passibles de peines correctionnelles ; d'ailleurs l'art. 463 s'applique, d'après son dernier paragraphe, *dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement est prononcée par le Code pénal*, et dès lors aucun motif ne saurait soustraire les prévenus de moins de 16 ans au bénéfice de cette règle générale.

Lorsque les deux faits de la minorité de 16 ans et des circonstances atténuantes concourent en faveur du même accusé, il doit être tenu compte de chacun de ces éléments dans l'application de la peine. A cet effet, la Cour d'assises doit d'abord déterminer, par application de l'art. 463, le degré d'atténuation de la peine, c'est-à-dire la peine applicable au fait, et ensuite modifier cette peine, conformément à l'art. 67, en vue de la minorité de l'accusé. Cette manière de procéder, qui s'accorde avec les règles relatives à l'application de l'art. 463, soit que l'on considère ses conséquences, soit que l'on considère l'esprit de la loi, s'appuie d'ailleurs sur le texte même de l'art. 67, lequel pose pour base de l'atténuation de peine dérivant de la minorité de l'accusé qui agit avec discernement, la détermination préalable de la peine par lui encourue indépendamment de la qualité de mineur. Ainsi, en supposant que le crime entraînât la peine capitale, la Cour d'assises, qui pouvait en ce cas prononcer, en vertu de la déclaration des circonstances atténuantes, la peine des travaux forcés à perpétuité ou à temps, peut prononcer une peine d'emprisonnement dans les liimtes du tiers à la moitié de la durée des travaux forcés à temps [1].

1. Cass., 27 mai 1852, Bull. n. 169 ; 24 mars 1853, n. 111 ; 28 fév. 1867, n. 49 ; 10 août 1866, n, 204. — * * La règle posée au texte et consacrée

Nous avons examiné précédemment [1] la question de savoir si le mineur qui a commis un crime, et qui a été renvoyé devant les tribunaux correctionnels à raison de son âge, est passible de l'aggravation de la peine portée contre la récidive, s'il se rend coupable d'un nouveau crime. Cette question, longtemps controversée, se trouve aujourd'hui résolue négativement par la nouvelle rédaction de l'art. 56 du Code pénal [2].

339. Le mineur, indépendamment des peines qu'il peut encourir, peut encore être condamné aux frais de la procédure, et même à des dommages-intérêts envers la partie

par la jurisprudence nous paraît fort contestable. D'après quelles bases la Cour décidera-t-elle si, *dans le cas où l'accusé serait majeur*, elle userait de l'abaissement facultatif de deux degrés ? Comment résoudre cette question *sur une hypothèse* ? Et puis, voici une difficulté grave, que nous empruntons au texte lui-même : Le mineur a commis un crime entraînant la peine capitale ; le jury déclare l'existence de circonstances atténuantes ; quelle sera la peine applicable ? Nos savants auteurs répondent : une peine d'emprisonnement dans les limites du tiers (il faut ajouter : à la moitié) de la durée des travaux forcés à temps. C'est aussi l'opinion de M. Blanche (II, n° 325). — Mais pourquoi donc ne pourrait-il pas être condamné à plus de 10 ans ? Les circonstances atténuantes ont abaissé la peine d'un degré ; la peine de mort est descendue à celle des travaux forcés à perpétuité ; la Cour pouvait sans doute abaisser la peine d'un 2e degré et descendre aux travaux forcés à temps ; mais c'est une simple faculté ; elle n'en use pas ; elle estime que, si elle avait affaire à un majeur, elle appliquerait les travaux forcés à perpétuité : comme elle a affaire à un mineur, elle applique l'art. 67, elle le condamne à 15 ou 20 ans d'emprisonnement : qu'y a-t-il là d'irrégulier ? La Cour suprême a consacré cette interprétation (Cass., 9 juill. 1841, Bull. n° 209). — Ne serait-il pas plus logique et plus juridique d'appliquer d'abord l'effet de l'excuse de la minorité à la peine portée par la loi contre le crime et que le mineur a *encourue*, sauf à appliquer ensuite l'effet des circonstances atténuantes, qui, dans ce système, seraient déclarées par la Cour seule ? (V. en ce sens M. Bertauld, XVIIIe Leçon, p. 417, qui invoque le dernier paragraphe de l'art. 463).

1. V. *suprà*, n. 328.

2. * * Ajoutons que la relégation n'est pas applicable aux individus qui seront âgés de moins de vingt-et-un ans, à l'expiration de leur peine (L. 27 mai 1885, art. 6). — Mais les condamnations encourues par le mineur de vingt-et-un ans compteront en vue de la relégation, s'il est, après avoir atteint cet âge, de nouveau condamné dans les conditions prévues par la loi (même texte).

civile. Un auteur a remarqué à ce sujet que cette condamnation pécuniaire n'exigeait point la présence du tuteur, parce qu'en matière criminelle le mineur peut procéder comme s'il était majeur [1]. L'usage semble justifier cette opinion ; cependant deux arrêts des Cours d'assises de ia Moselle et du Haut-Rhin ont adopté une solution contraire [2], et des motifs puissants viennent à l'appui de ces arrêts.

La maxime *minor in delictis major habetur* ne repose que sur une raison puérile, dont les anciens jurisconsultes ont souvent abusé, *quia malitia supplet œtatem*. Mais cette maxime même ne peut pas s'appliquer à l'action en dommages-intérêts de la partie civile, car cette action est essentiellement civile ; et si l'art. 3 du Code d'instruction criminelle permet de poursuivre l'action civile en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique, il n'est pas moins incontestable qu'elle demeure soumise aux règles du droit civil ; or, l'une de ces règles est que le mineur ne peut défendre à une action civile que sous l'autorisation de son tuteur. Et, en effet, pourquoi les intérêts du mineur seraient-ils moins protégés devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils ? Pourquoi la même action ne conserverait-elle pas les mêmes formes devant l'une et l'autre juridiction ? Le tuteur est le défenseur légitime du mineur ; il supplée à l'infirmité de son âge ; il complète sa personne civile. Sa présence est essentielle partout où les intérêts du pupille sont mis en péril, pour le diriger de ses conseils, pour lui prêter ses lumières, pour le défendre. La condition de la partie civile serait-elle donc exonérée par cette présence ? Nullement, puisque son obligation consisterait uniquement à mettre en cause la Cour d'assises, comme elle l'eût fait devant le tribunal civil, le tuteur avec le pupille, le défenseur légal avec le prévenu. Cette formalité d'ailleurs est de l'essence de toutes les causes civiles où figurent des mineurs ; la partie civile ne pourrait s'en plaindre, car ce serait demander une exception au droit commun.

1. Traité des minorités, par M. Magnin, t. 2, p. 491.

2. V. Journ. du dr. crim., 1829, p. 283, et 1831, p. 261.

On doit même regretter peut-être que le tuteur ne soit pas appelé, dans les préventions criminelles, à côté de son pupille, pour l'éclairer dans sa défense, pour écarter des déclarations mensongères, pour combattre de pernicieux conseils. Outre l'administration de la fortune, le tuteur n'a-t-il pas encore la surveillance de la personne ? Et le péril du mineur devant la justice ne serait-il pas une cause légitime de son intervention ? L'empereur Justinien avait prévu ce danger des mineurs, et il y avait pourvu par l'une de ses plus belles lois : « *Sancimus omnino debere et agentibus et pulsatis in criminalibus causis minoribus viginti quinque annis adesse tutores vel curatores... ne ex suâ imperitiâ vel juvenili calore aliquid vel dicant vel taceant quod si fuisset prolatum vel non expressum, prodesse eis poterat et à deteriore calculo eos eripere*[1]. »

Mais cette doctrine n'a pas été admise par la jurisprudence. La Cour de cassation a déclaré « qu'il résulte de l'ensemble des dispositions du Code d'instruction criminelle, et notamment des articles 145, 147, 159, 162, 182 et 192, 358, 359 et 366, que la loi ne fait aucune distinction, soit quant aux formes de la poursuite, soit quant aux pouvoirs des juges, entre l'accusé ou prévenu majeur et l'accusé ou prévenu mineur ; qu'aucune disposition de ce Code n'impose au ministère public dans l'exercice de l'action publique, ou à la partie civile dans l'exercice de l'action civile suivie devant les tribunaux de répression accessoirement à la première, l'obligation d'appeler en cause le tuteur ou curateur de l'accusé ou prévenu mineur ; que cet accusé ou prévenu trouve des garanties suffisantes dans les formes que le Code a établies dans l'intérêt de la défense ; qu'il n'y a pas lieu d'admettre une exception à ces règles pour l'action en dommages-intérêts formée par la partie civile contre l'accusé acquitté, d'abord parce qu'elle ne serait point justifiée par les termes des art. 358 et 366, dont les dispositions comprennent, dans une seule et même catégorie, les diverses actions en dommages-intérêts dont elles attribuent la connaissance à la Cour

1. L. 4, C. de autorisat. præstandâ.

d'assises, et ensuite parce que cette exception serait inconciliable avec la forme de procéder qu'établissent lesdits articles [1]. »

340. La contrainte par corps s'applique-t-elle aux condamnés qui sont mineurs ? L'art. 33 de la loi du 17 avril 1832, disposait que les arrêts et jugements portant condamnation, au profit de l'Etat, à des amendes, restitutions, dommages-intérêts et frais, en matière criminelle et de police, peuvent être exécutés par la voie de cette contrainte. Et la Cour, de cassation avait résolu affirmativement cette question, sans donner aucun motif de sa décision; son arrêt porte « que le mineur de seize ans qui a été déclaré par le jury avoir agi sans discernement, et a été acquitté, soit qu'il ait été envoyé dans une maison de correction, soit qu'il n'y ait pas été envoyé, doit être condamné aux frais envers l'Etat, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, il a toujours, par son fait, donné lieu à la poursuite ; que les frais liquidés par l'arrêt dans l'espèce s'élèvent à plus de 300 fr. ; que dès lors il y avait lieu, aux termes de l'art. 40 de la loi du 17 avril 1832, de fixer, à l'égard de l'accusé, la durée de la contrainte par corps dans les limites tracées par l'art. 7 de ladite loi (d'un an à dix ans) [2]. »

La loi était conçue en termes généraux et ne faisait aucune distinction en faveur des mineurs. Néanmoins de sérieuses objections pouvaient être opposées à cette décision. Le principe général de la matière se trouve dans l'art. 2064 du Code civil, qui dispose « que la contrainte par corps ne peut être prononcée contre les mineurs ». La loi du 17 avril 1832 a reproduit une exception à ce principe, déjà posé par la loi du 15 germinal an VII, à l'égard des engagements de commerce. Mais quel est le motif de cette exception ? C'est que le gage de la dette commerciale est le fonds même de commerce dont le mineur a, dans ce cas, la libre disposition. Or, ce motif n'existe point en matière de condamnation pécuniaire par les tribunaux criminels. Le mineur se trouve, soit vis-à-vis de

1. Cass., 15 janv. 1846, Bull. n. 21.—* * V. aussi l'art. 216 du Code civil.
2. Cass., 27 juin 1835, Bull. n. 261 ; Journ. du dr. crim., 1835, p. 361.

l'État, soit vis-à-vis de la partie civile, dans la position commune où l'ont placé la nature et la loi ; dénué de biens le plus souvent, privé du moins de leur administration, quel sera donc le but de la contrainte qui lui sera infligée ? Ensuite, même en matière criminelle, la contrainte par corps conserve son caractère propre, et ne participe nullement de la nature répressive des peines qu'elle accompagne : elle ne constitue qu'une voie d'exécution, un simple moyen de recouvrement. L'emploi de cette voie semble donc devoir être dominé par les règles du droit civil ; la loi criminelle a pu l'attacher à l'exécution de certaines condamnations, mais cette exécution demeure soumise aux dispositions communes de la loi civile, tant qu'aucune dérogation, comme en matière de commerce, ne vient en arrêter les effets. Enfin, la loi pénale elle-même a voulu préserver les mineurs du souffle contagieux des prisons, elle a voulu qu'ils restassent purs de la lèpre morale dont le séjour de ces maisons les eût infectés. C'est pour atteindre ce but qu'elle les a rendus à la correction de la famille, toutes les fois qu'elle l'a pu sans péril, toutes les fois qu'ils avaient agi sans discernement. Cependant quel serait le résultat de la jurisprudence de la Cour de cassation ? C'est que le prévenu de moins de seize ans, même acquitté, même rendu à sa famille, serait conservé encore dans les prisons à raison des frais de procédure auxquels cette Cour persiste à le condamner, malgré son acquittement. Chargé de ces frais et des dommages-intérêts qu'il a pu encourir par suite de son action, il serait condamné à expier cette dette par des années de détention. L'intention humaine de la loi serait donc trompée, son but ne serait pas atteint.

Cette opinion, depuis qu'elle a été émise, a été consacrée par la Cour de cassation, en faveur des mineurs qui ont agi sans discernement, dans un arrêt qui déclare : « qu'après avoir énuméré les divers cas dans lesquels la contrainte par corps peut être prononcée en matière civile, et après avoir interdit aux juges de la prononcer hors les cas déterminés par les articles qui précèdent, le Code civil, art. 2064, leur défend en outre de la prononcer contre les mineurs dans les cas mêmes ci-dessus énoncés ; que l'art. 2070 porte, à la verité,

qu'il n'est point dérogé aux lois de police correctionnelle, et qu'aux termes de l'art. 52 du Code pénal, l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps ; mais que ce dernier article est placé sous la rubrique du chapitre 3 du livre 1er, intitulé : *Des peines et des autres condamnations prononcées pour crimes ou délits* ; que ce titre indique suffisamment que les dispositions contenues dans ce chapitre, telles que celles qui concernent les restitutions, les dommages-intérêts et les frais, sont considérés comme ayant un lien nécessaire avec le fait qualifié crime ou délit qui a fait l'objet de la répression ; qu'ainsi les condamnations pécuniaires sont l'accessoire et la conséquence de la condamnation pénale, et que c'est sous ce rapport qu'elles entraînent les voies d'exécution autorisées par la loi ; que s'il pouvait encore rester un doute, il serait levé : 1° par les termes de l'art. 32 de la loi du 17 avril 1832, qui, réglant l'exercice de la contrainte par corps à l'égard des condamnations en faveur des particuliers, suppose qu'elles ont été obtenues pour réparation de crimes, délits ou contraventions commis à leur préjudice ; 2° par la comparaison de la rubrique du titre 5 avec l'art. 41 de la même loi, desquels il résulte que la contrainte par corps, en matière criminelle, correctionnelle et de police, doit s'entendre de la contrainte par corps exercée par suite de condamnations criminelles, correctionnelles et de police ; qu'aux termes de l'art. 66 du Code pénal, le mineur, âgé de moins de seize ans, qui a agi sans discernement, doit être acquitté ; qu'il n'est passible d'aucune peine ; que, s'il peut être condamné à la réparation du dommage causé par le fait dont il est déclaré auteur, c'est par l'effet d'une action purement civile ; qu'il se trouve dès lors replacé sous la protection de l'art. 2064 et ne saurait être soumis à la contrainte par corps [1]. »

Quant aux mineurs de seize ans, qui étaient reconnus avoir agi avec discernement et qui avaient encouru une peine, la jurisprudence les maintenait sous l'empire des lois des 17 avril

1. Cass., 25 mars 1843, Bull. n. 68.

1832 et 14 décembre 1848, et les assujettissait à la contrainte par corps. Mais cette dernière solution a été enfin effacée par l'art. 13 de la loi du 22 juillet 1867, qui, ainsi qu'on l'a vu précédemment, dispose que « les tribunaux ne peuvent prononcer la contrainte par corps contre les mineurs, âgés de moins de seize ans accomplis, à l'époque des faits qui ont motivé la poursuite ».

341. Nous avons vu que, d'après l'art, 1er de la la loi du 23 juin 1824, qui forme aujourd'hui l'art. 68 du Code pénal, une règle générale est que les prévenus âgés de moins de seize ans, alors même qu'ils sont poursuivis pour crime, sont justiciables de la juridiction correctionnelle [1] : cette règle reçoit plusieurs exceptions.

1° Lorsque le fait est qualifié crime par la loi et que le prévenu a des compliees présents âgés de plus de seize ans, à cause de l'indivisibilité de la procédure (art. 67 du Code pénal) ; 2° si le crime dont il est prévenu est passible de la peine de mort, de celle des travaux forcés à perpétuité, de la déportation ou de la détention (art. 68 du Code pénal) : la gravité du crime a motivé cette exception.

Enfin, la Cour d'assises devant laquelle un accusé de moins de seize ans serait renvoyé à raison de l'incertitude de son âge, ne pourrait se déclarer incompétente, après avoir reconnu qu'il a moins de seize ans. La jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur ce point [2], et elle se fonde sur le motif que les arrêts des chambres d'accusation, qui ne ne sont qu'indicatifs de juridiction à l'égard des tribunaux correctionnels, sont attributifs de cette juridiction pour les Cours d'assises, qu'ils lient irrévocablement. Il est d'ailleurs de principe que les Cours d'assises sont investies de la plénitude de la juridiction criminelle, et qu'elles ne doivent jamais se déclarer incompétentes, soit à raison de la qualité des personnes, soit à raison de la nature des faits qui leur sont déférés [3].

1. Cass., 20 avril 1850, Bull. n. 135.
2. Cass., 20 avril, 13 juill. et 14 sept. 1827, Bull. n. 182 et 240 ; 5 juill. 1832, Jour. du dr. crim., 1832, p. 161.
3. Cass., 1828, Jour. du dr. crim., 1829, p. 56.

342. En terminant nos observations sur les jeunes prévenus, nous dirons quelques mots sur les tentatives récemment faites pour les arracher, par le bienfait de l'éducation, aux malheureuses habitudes qui les conduisent au crime. C'est surtout à l'égard de cette classe de condamnés que les heureux effets du système pénitentiaire n'éprouvent nulle incertitude, car à cet âge les habitudes ne sont point enracinées, les sentiments ne sont point pervertis ; c'est un terrain qui ne manque que de culture.

Il résulte des comptes annuels de l'administration de la justice criminelle que la plus grande partie des prévenus au-dessous de seize ans ne sont poursuivis que pour vagabondage ou pour vol simple. Ces jeunes enfants, abandonnés de leur famille, ou séduits par l'idée d'une vie aventureuse, adoptent une existence vagabonde et oisive qui les mène immédiatement à dérober les objets de leur convoitise ou de leurs besoins. Ce qu'il faut à ces enfants, ce n'est pas la prison, qui achèverait de les précipiter dans le crime, c'est l'éducation ; ce n'est pas une peine, c'est une profession. Le premier soin de l'administration doit être de substituer à une maison de correction une maison de travail et d'instruction, et de répandre le bienfait d'un enseignement élémentaire et moral dans ces jeunes esprits plus ignorants que pervertis, plus égarés que coupables. Nous sommes heureux de proclamer que cette sainte obligation a commencé à exciter la sollicitude de l'administration : des mesures prises en faveur des jeunes détenus, et dans le but de leur assurer un état, promettent des résultats féconds. Une maison spéciale a même été élevée à Paris pour les seuls condamnés de moins de seize ans, et toutes les règles pénitentiaires que l'expérience a sanctionnées y sont appliquées avec autant de sagacité que de dévouement. Le succès de cette entreprise doit vivement appeler l'attention des criminalistes : il y a là une pensée d'humanité ; il y a aussi une pensée d'avenir pour la législation pénale.

Enfin, ce n'est pas assez d'instruire, pendant la durée de leur peine, les condamnés de moins de seize ans. Une considération fondamentale de tout système pénal amélioré est

que les sujets libérés ne soient point jetés sur le pavé sans surveillance et sans appui ; c'est à ce besoin, aussi profond peut-être que le premier, qu'une société fondée par une philanthropique pensée a répondu : son but est de prendre sous sa protection les jeunes libérés à leur sortie de la maison de correction, de leur choisir une profession suivant leurs penchants, de les placer en apprentissage, de les surveiller. Puisse cette paternelle tutelle, étendue sur tous les points de la France, offrir à tous les jeunes détenus un frein salutaire, un appui protecteur ! Puisse cette généreuse tentative embrasser peu à peu toutes les classes des condamnés !

§ II. — *De l'excuse d'âge à l'égard des vieillards.*

343. Il nous reste à parler de l'influence de l'âge relativement aux vieillards.

Les anciens accordaient plusieurs priviléges à la vieillesse; car, ainsi que l'a dit le poète : *Magna fuit quondam capitis reverentia cani.* La loi romaine diminuait les peines en sa faveur[1]; elle voyait même dans un âge avancé une sorte d'excuse : *Ignoscitur his qui œtate defecti sunt*[2]. Les jurisconsultes avaient adopté cette dernière opinion : *Senectus est,* dit Tiraqueau, *veluti altera pueritia*[3] ; et Farinacius donne le même motif à l'affaiblissement des peines : *Senes sunt diminuti sensu et intellectu ità quod repuerascere incipiant*[4]. Toutefois cette excuse n'avait pour effet que d'affaiblir la peine, elle ne l'effaçait pas[5] ; elle ne s'appliquait d'ailleurs qu'aux peines corporelles, et non aux condamnations pécuniaires[6], distinction qui paraît contraire au caractère de l'excuse. Quant à l'âge où le privilége pouvait être invoqué par la vieillesse, cet âge est incertain ; quelques jurisconsultes indiquent l'âge

1. L. 2, Dig. de termino moto ; l. 4. Dig. ad leg. Jul. pecul. ; l. 108, Dig. de reg. juris.
2. L. 3, § 7, Dig. de senat. cons. Sillan.
3. Dig. de pœnis temperandis, p. 29.
4. Quæst. 92, n. 23.
5. Gomezius, de delictis, cap. 68 ; Julius Clarus, qæst. 60.
6. Farinacius, quæst. 92, n. 36.

de soixante ans, d'autres de soixante-dix [1] : les lois parlent de la vieillesse sans la définir.

Le Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 avait également vu dans la vieillesse une cause d'excuse, puisqu'il lui donnait le privilége de faire cesser la peine ; aucune peine ne pouvait être prononcée pour plus de cinq ans, lorsque le condamné avait atteint soixante-quinze ans, et il était mis en liberté lorsqu'il était parvenu à l'âge de quatre-vingts [2].

Cependant la vieillesse ne nous paraît point en elle-même une cause d'excuse, car l'âge seul, quelque avancé qu'il soit, n'est point incompatible avec la criminalité ; à la vérité, la vieillesse produit souvent un affaiblissement des facultés intellectuelles, mais cet affaiblissement, tant qu'il ne dégénère pas en un état d'imbécillité, n'exclut pas la culpabilité. Le vieillard est même souvent plus coupable, puisqu'il a contre lui les leçons méprisées d'une longue expérience, les habitudes morales de toute sa vie et l'amortissement des passions.

La présomption de discernement pèse donc sur le vieillard : il ne peut invoquer le privilége des mineurs au-dessous de seize ans. Ce ne serait que dans le cas où il aurait agi sans connaissance, avec cet esprit de torpeur morale qui engourdit le sens et l'intelligence d'une vieillesse très-avancée, que la question de discernement pourrait être posée en sa faveur ; mais cette question se confondrait alors avec celle de la volonté ; ce ne serait plus une excuse, mais un motif de justification ; l'admettre, ce serait déclarer qu'il n'y a ni crime ni délit.

344. Cependant la loi doit adoucir les punitions qu'elle inflige aux vieillards, non parce que leur âge atténue l'action criminelle, mais à cause de l'excessive gravité qu'auraient certaines peines dans leur application à un individu d'un âge trop avancé.

Tels sont les principes qui ont dirigé le législateur du Code pénal. « Nous avons pensé, porte l'exposé des motifs, après

1. Farinacius, *ibid.*, n. 37.

2. 2e part., tit. 3, art. 6 et 7.

avoir rappelé les dispositions du Code de 1791, qu'il serait plus convenable de ne rien changer à la durée des peines, mais d'y substituer la réclusion, comme mieux appropriée à l'état du vieillard. Les travaux forcés seraient trop rigoureux pour la plupart des septuagénaires : il n'en est pas ainsi de la réclusion : et comme le but de la loi ne peut être de faire rentrer dans la société le coupable qui a soixante-dix ans, plutôt qu'un autre coupable moins âgé, comme il s'agit uniquement d'empêcher qu'il ne succombe par l'effet de travaux et de fatigues excessives, on a donné la préférence au mode proposé [1]. »

Le système du Code se borne donc uniquement à substituer les peines de la détention ou de la réclusion à celles des travaux forcés à perpétuité ou à temps et de la déportation, quand ces dernières peines sont encourues par des septuagénaires (art. 70, 71 et 72). C'est une atténuation dans le mode de la peine, mais non dans sa durée.

L'art. 70 est muet sur la peine de mort; il en résulte qu'à quelque âge que le coupable ait commis son crime, c'est toujours cette peine qui doit lui être appliquée, si le crime qu'il a commis en est passible. Peut-être eût-on pu épargner l'échafaud aux cheveux blancs du vieillard ; il y a quelque chose qui répugne à trancher cette vie expirante, à achever des jours épuisés et à demi éteints. Et qu'est-ce que la mort, d'ailleurs, comme peine, à cette époque où la nature ouvre la tombe devant l'homme ? La société n'est-elle pas suffisamment protégée par la détention contre les dernières entreprises d'une vie qui n'a plus de forces à déployer contre elle ?

345. L'âge de soixante-dix ans n'avait soulevé jusqu'ici aucune objection sérieuse. A la vérité, quelques jurisconsultes romains faisaient commencer la *sénilité* à l'âge de soixante ans ; et c'est également à cet âge que le Code pénal du Brésil (art. 45) substitue la prison aux travaux de force. La différence des climats peut justifier ces dispositions ; mais il semblait qu'en général l'humanité n'avait point à réclamer contre la fixation à soixante-dix ans de l'époque où cessent

1. Rapport de M. Faure, Locré. t. 29, p. 267.

les peines les plus dures ; ce n'est le plus souvent qu'à cette époque que les infirmités entourent la vieillesse, et sollicitent pour elle une atténuation de ces peines.

Il suffit, au surplus, que les accusés aient atteint l'âge déterminé par la loi *au moment du jugement*, pour que le bénéfice de l'art. 70 doive leur être appliqué. Cela est établi par le texte même de cet article ; et il en résulte une différence notable entre la disposition de cet article et celle des art. 66 et 69, car ces derniers articles, relatifs aux mineurs de seize ans, considèrent pour fixer l'âge *le moment même* de l'action.

Les dispositions qui précèdent ont été modifiées par l'art. 5 de la loi du 30 mai 1854, qui est ainsi conçu : « Les peines des travaux forcés à perpétuité et des travaux forcés à temps ne seront prononcées contre aucun individu âgé de soixante ans accomplis au moment du jugement ; elles seront remplacées par celle de la réclusion, soit à perpétuité, soit à temps, selon la durée de la peine qu'elle remplacera. L'art. 72 du Code pénal est abrogé. » Cette disposition est la conséquence de la mesure de la transportation appliquée par cette loi à l'exécution de la peine des travaux forcés ; il n'a pas paru que cette mesure rigoureuse pût être exécutée vis-à-vis des sexagénaires [1].

Cette substitution de la réclusion aux travaux forcés n'a pas lieu de plein droit ; elle doit être prononcée par le juge, et la Cour de cassation a jugé en conséquence qu'il y a lieu d'annuler, en ce qui concerne l'application de la peine seulement, les arrêts qui ont prononcé la peine des travaux forcés, lorsque les condamnés prouvent qu'ils étaient âgés de soixante ans au moment du jugement [2].

Au surplus, la loi du 30 mai 1854 n'a fait qu'établir un mode d'exécution plus doux ; elle n'a pas changé le caractère

1. * * Par la même raison, l'art. 6 de la loi du 27 mai 1885, dispose que la relégation ne sera pas applicable aux individus qui seront âgés de plus de soixante ans à l'expiration de leur peine.

2. Cass., 13 oct. 1854, Bull. 299 ; 16 juill. 1857, n. 267 ; 30 sept. 1858, n. 257 ; 25 nov. 1858, n. 284 ; 27 janv. 1859, n. 33. — * * *Adde* Cass. 15 mars et 28 nov. 1872 ; Bull. nos 64 et 292.

de la peine. Ainsi, le sexagénaire en faveur duquel des circonstances atténuantes sont déclarées doit être condamné, si le fait était passible des travaux forcés à perpétuité, non point à la peine de l'emprisonnement, mais à celle de la réclusion [3].

3. Cass., 7 janv. 1858, Bull. n. 3. — * * Ajoutons que la contrainte par corps est réduite de moitié à l'égard des sexagénaires (L. 22 juill. 1867, art. 14).

CHAPITRE XIV.

DES FAITS JUSTIFICATIFS. — DE LA DÉMENCE [1].

(*Commentaire de l'art. 64 du Code pénal*).

346. Des causes de justification en général.
347. De la démence et de la contrainte considérées comme faits justificatifs.
348. Dans quels cas la démence est-elle une cause de justification ?
349. Diverses espèces d'aliénation mentale.
350. De l'idiotie et de l'imbécillité.
351. De la démence ou manie.
352. De la responsabilité des aliénés à raison des actes commis dans leurs intervalles lucides.
353. Des monomanies ou folies partielles.
354. Règles applicables à la responsabilité des monomanes.
355. Si les passions dans leur paroxysme peuvent être assimilées à une démence partielle.
356. Si l'émotion de la colère ou d'une juste douleur peut avoir le même effet.
357. Des actes commis pendant l'état de somnambulisme.
358. Des actes commis en état d'ivresse.
359. Distinction de l'ivresse volontaire ou involontaire.
360. L'ivresse complète et non préméditée peut être une cause de justification.
361. Quel est son effet dans la jurisprudence.
362. Théorie de l'art. 64.
363. La démence, quand elle est constatée, a pour effet de faire surseoir à toute poursuite.
364. Comment il faut procéder quand la démence s'est manifestée avant l'action.
365. Comment il faut procéder quand la démence ne s'est manifestée que depuis l'action.
366. Quelles mesures doivent être prises quand la démence ne survient qu'après la condamnation.
367. La prescription est-elle suspendue pendant la durée de l'aliénation ?
368. Examen de la jurisprudence sur cette question.
369. Mesures de police qui peuvent être prises vis-à-vis des aliénés.
370. Mesures autorisées par la législation antérieurement à la loi du 30 juin 1838.
371. Mesures autorisées par cette loi.

---

1. V. *Supra*, p. 498, n. 1.

346. Après les excuses viennent les causes de justification. Nous avons vu que l'effet de celles-ci est, non pas seulement d'atténuer le crime, mais de le faire disparaître et d'exclure toute criminalité dans l'agent.

Elles sont générales ou spéciales : générales, lorsqu'elles s'étendent à tous les crimes ou délits, lorsqu'elles peuvent être invoquées par tous les prévenus : telles sont la *démence* et la *contrainte* ; spéciales, lorsqu'elles ne s'appliquent qu'à un délit ou à une classe de délits : telles sont la défense légitime de soi-même qu'oppose un accusé de meurtre (art. 327), l'obéissance hiérarchique que peut alléguer un fonctionnaire prévenu d'un abus de pouvoir dans l'exercice de ses fonctions (art. 114 et 190) ; tels sont enfin les motifs légitimes dont l'officier public, accusé de violences, peut se couvrir devant la justice (art. 186). Il est évident que ces dernières causes de justification sc rattachent étroitement aux crimes ou délits auxquels la loi les a appliquées. Nous n'avons donc à nous occuper maintenant que de la *démence* et de la *contrainte*.

347. On lit dans l'exposé des motifs du Code pénal : « Une règle commune à tous les prévenus soit du fait principal, soit de complicité, est qu'on ne peut déclarer coupable celui qui était en état de démence au temps de l'action, ou qui, malgré la plus vive résistance, n'a pu se dispenser de céder à la force. Tout crime ou délit se compose du fait et de l'intention ; or, dans les deux cas dont nous venons de parler, aucune intention criminelle ne peut avoir existé de la part des prévenus, puisque l'un ne jouissait pas de ses facultés morales, et qu'à l'égard de l'autre la contrainte seule a dirigé l'emploi de ses forces physiques. »

Telle est la pensée que l'art. 64 du Code a exprimée en termes concis, mais énergiques : « Il n'y a ni crime ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au temps de l'action, ou lorsqu'il a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. »

Ces deux causes de justification portent en elles-mêmes un tel caractère d'évidence, elles puisent une telle force dans la conscience humaine, que, le législateur ne les eût-il point exprimées, leur empire n'eût été ni moins puissant, ni moins

certain sur l'esprit des juges. Appelés à déclarer si un homme a agi sciemment et volontairement, comment eussent-ils pu donner cette déclaration, lorsqu'ils auraient reconnu qu'au temps du délit cet homme ne jouissait ni des lumières de sa raison, ni de sa liberté ? Néanmoins il n'était pas inutile d'inscrire dans les textes de la loi ces deux limites à la responsabilité humaine ; car il importe que l'attention des juges et des jurés soit impérieusement fixée sur cette double exception, et qu'ils en fassent légalement l'objet d'un examen juridique.

Nulle difficulté ne peut donc s'élever sur le principe en lui-même. La justice morale, d'accord avec la loi, ne peut reconnaître aucun délit dans l'action d'un homme dont la maladie a énervé l'intelligence, ou dont la crainte a subjugué la liberté. Toutes les législations se réunissent dans cette disposition : *Cùm injuria ex affectu facientis consistat,* dit la loi romaine, *consequens est furiosos injuriam fecisse non videri* [1]. Les Codes de Belgique, d'Autriche et d'Italie posent la même règle ; la loi anglaise [2] et les différents Codes des États-Unis la proclament également [3]. Le § 4 du titre 3 du Code pénal de Suède dispose que « l'action commise par celui qui est en état de démence ou qui, par maladie ou décrépitude, est privé de l'usage de la raison, sera exempt de punition. » Et le § 6 se borne à réduire les peines encourues, « s'il se trouve que le prévenu, au temps de l'action coupable commise par lui, ne jouissait pas de l'usage entier de la raison, par suite de maladie de corps ou d'esprit, de décrépitude ou autre égarement survenu sans sa propre faute, mais que toutefois il ne puisse être considéré comme exempt de punition [4].

1. L. 3, § 1er, Dig. de injuriis et famosis libellis.

2. Summary of the criminal law, p. 3.

3. Code of crimes and punishments, art. 34. — Penal Code of the states of Georgia, div. 1, sect. 7.

4. * * L'art. 51 du Code pénal allemand contient une disposition plus générale que la loi française : « Il n'y a ni crime, ni délit lorsque l'agent était au temps de l'action privé de connaissance ou dans un état d'alié-

Mais les difficultés naissent lorsqu'il s'agit d'appliquer cette règle d'irresponsabilité aux actes nombreux et divers qui peuvent réclamer, soit par leur caractère propre, soit par analogie, une exception qui ne s'étend qu'aux actes accomplis sous l'empire de la démence ou de la contrainte. C'est donc à poser les limites de cette doctrine, c'est à la saine appréciation des faits que doivent tendre nos efforts. La diversité des règles et des espèces exige que cette matière soit divisée en deux chapitres, et nous nous occuperons d'abord, dans celui-ci, de la *démence*.

348. La première difficulté est de constater les vrais caractères de la démence, c'est de préciser les faits qui la constituent. La loi pénale n'aurait pu tracer le cercle de son application sans descendre à des définitions scientifiques qui ne sont point de son ressort, et dont l'expérience aurait sans doute plus tard demontré l'erreur. Il lui a suffi de poser une règle : la justification des individus qui sont dans un état d'aliénation mentale. C'est à la pratique à discerner les actes que cette règle protége, à placer les bornes qu'on ne peut dépasser. L'étude des faits est le guide le plus sûr de son application, et il semble que la théorie en cette matière n'ait point d'autres principes à rappeler. Nous essayerons cependant d'en énoncer quelques-uns.

Chaque accusation où s'agite l'exception de démence voit surgir ces questions redoutables : A quels signes reconnaître le dérangement de l'intelligence, et comment le constater ? Quel est le degré de lésion des facultés intellectuelles nécessaire pour constituer la démence légale ? Jusqu'à quel point les idées qui ont guidé l'agent doivent-elles s'écarter de la chaîne de nos idées communes pour qu'il soit justifiable ? Dans quels cas, en un mot, la justice peut-elle légitimement le saisir et le déclarer responsable, malgré la maladie qu'il invoque comme une excuse ?

Telles sont les premières questions qu'il nous faut examiner,

nation mentale qui excluait le libre exercice de sa volonté. » — V. une étude sur la démence dans le droit criminel anglais par M. Babinet (Bull. de la Société de législation comparée, 1879, p. 20).

questions insolubles peut-être, mais que la théorie ne peut néanmoins passer sous silence ; car elle doit réunir ses efforts aux efforts de la justice pour éviter de fatales erreurs dans l'appréciation des circonstances qui caractérisent la folie ; erreurs faciles cependant, surtout en matière pénale, parce que l'accusé peut avoir intérêt à simuler la démence pour se mettre à l'abri de la peine, parce que la pensée de cette simulation peut prévenir les juges contre les signes d'une véritable folie.

349. La science médicale distingue en général, parmi les maladies mentales, deux degrés principaux, l'*idiotie* et la *folie*.

L'*idiotie* (*fatuitas*) est une sorte de stupidité qui a divers degrés, suivant qu'elle est plus ou moins prononcée. Les idiots ou imbéciles ont un cercle très étroit d'idées et sont dénués de caractère. Leur intelligence ne s'est jamais développée, ou ne s'est révélée que d'une manière incomplète. Leur infirmité date de leur naissance.

La *folie* comprend les individus dont l'intelligence, après avoir acquis tout son développement, s'est troublée, affaiblie ou éteinte accidentellement. On la divise en *démence* proprement dite, en *manie avec délire*, puis enfin en *manie sans délire* ou *monomanie* [1].

La *démence* (*insania*) est une débilité particulière des opérations de l'entendement et des actes de la volonté. Cette espèce de folie se caractérise par la perte de la mémoire et l'abolition de la pensée. « La tête du malade, suivant l'expression d'un auteur, n'est plus qu'une boîte où les idées qu'il avait acquises avant la maladie s'agitent sans liaison et sans ordre. »

La *manie* (*furor*) est un délire général, variable, s'appliquant à toutes sortes d'objets. Le malade ne peut avoir au-

1. V. le Traité sur l'aliénation, de Pinel ; les Observations médico-légales sur la folie, par le docteur Georget ; la Médecine légale relative aux aliénés, par Hoffbauer ; Essai médico-légal, par le professeur Fodéré, et Traité de médecine légale, par le même ; M. Esquirol, v° Folie, Dict. de sciences méd. ; Leçons de médecine légale, par Orfila ; l'Aliéné, par Albert Lemoine ; Psychologie naturelle, par Prosper Despine.

cune idée fixe dans la tête, ne peut enchaîner ses pensées. Une incroyable activité surexcite les opérations délirantes de l'esprit. Le maniaque est le jouet continu d'idées fausses et incohérentes, d'illusions des sens et de rapides hallucinations.

Quelquefois enfin le délire se compose particulièrement d'une idée exclusive, autour de laquelle viennent, pour ainsi dire, se grouper toutes les idées désordonnées ; ou, dans un délire plus général, apparaît une série d'idées dominantes sur un même objet, une passion fortement prononcée qui fixent le plus souvent l'attention du malade et de ceux qui l'observent : c'est la *monomanie*, ou manie sans délire, autrefois connue dans la science sous le nom de mélancolie, parce que les individus qu'elle affecte sont enclins à l'abattement et au désespoir. Les idées exclusives ou dominantes des monomanes sont ordinairement relatives aux passions et aux affections. Les uns sont poursuivis par des terreurs religieuses, par des chagrins imaginaires, par de chimériques terreurs. D'autres sont le jouet des sens, soit qu'ils se trompent sur les qualités du corps, soit qu'ils éprouvent des hallucinations.

350. Reprenons maintenant ces différentes classes d'aliénés, et essayons de déterminer les effets du principe d'irresponsabilité de la loi pénale relativement à chacune d'elles.

L'*idiotie complète* soulève peu de difficultés. L'idiot, en effet, n'a aucune perception des idées communes : sa vie purement végétative, ne connaît d'autres sensations que celles que lui font éprouver ses besoins matériels ; il ne peut donc être responsable de ses actions : *fati infelicitas eum excusat.* Et puis l'appréciation de l'idiotie est sujette à peu d'erreurs ; ses signes caractéristiques sont simples et faciles à vérifier ; ce n'est point un fait isolé et passager, c'est un état qui remonte presque toujours jusqu'à l'enfance, et dont il est permis de suivre les phases diverses [1].

Mais cette maladie a ses degrés et ses nuances. A côté de l'idiot complet, on rencontre fréquemment ces êtres dégradés par le crétinisme et à demi idiots, dont les facultés imparfaites

1. An idiot cannot be guilty of a crime. Stephens's summary of the criminal law, p. 3.

perçoivent quelques idées, mais en petit nombre et confusément ; ces infortunés, qu'un auteur [1] nomme *demi-imbéciles*, et dont l'intelligence n'a que des lueurs incertaines, doivent-ils être considérés comme en état de démence ? La disposition de l'art. 64 doit-elle les protéger ?

Il est peut-être nécessaire de remarquer qu'il ne s'agit point ici de l'*ignorance*, qui, portée à un certain degré, semble participer de l'idiotisme. La loi, sous l'expression générale de démence, n'a pu comprendre que les maladies mentales. Et d'ailleurs, l'ignorance, lorsqu'elle est réelle, peut être une cause d'atténuation de la peine, et non de justification ; car, d'une part, l'agent doit s'imputer d'avoir négligé d'acquérir les connaissances nécessaires pour éviter le mal qu'il a commis ; et, d'un autre côté, la loi pénale a sa sanction dans la conscience, et si l'ignorance peut l'obscurcir, elle ne peut l'abolir entièrement. Il est évident, au reste, que nous ne parlons ici que de l'ignorance qui agit en suivant une idée fausse ou des préjugés absurdes, mais qui délibère et qui agit volontairement ; car le mal qui serait le résultat d'une erreur accidentelle, d'un cas fortuit, d'une imprudence, ne serait nullement imputable, puisqu'il ne serait ni prévu, ni volontaire [2].

351. La démence, dans le sens légal de ce mot, n'est point une complète abolition de l'intelligence : *furor continua mentis alienatio quâ quis omni intellectu caret* [3]. Cette définition serait évidemment trop absolue, puisqu'elle rejetterait hors des termes de la loi tous les aliénés qui auraient conservé quelques rayons, même à demi éteints, de leur intelligence, tous ceux même à qui la maladie permettrait de jouir encore de quelques intervalles lucides.

Ce que la loi exige pour dégager l'agent de sa responsabilité, c'est qu'il soit atteint d'une maladie mentale, c'est que cette maladie ait été assez grave pour suspendre ou détruire sa volonté : mais il importe peu que cette perte de la pensée

1. M. Orfila, Leçons de méd. lég., t. 2, p. 48.
2. L. 9, § 2, Dig. de jur. et fact. ignor.
3. L. 14, Dig. de off. præs.

soit absolue ou incomplète ; il suffit, d'après le texte même du Code, que le prévenu n'ait pas joui de ses facultés morales au temps de l'action. Ainsi, lorsque la débilité de ses facultés est telle qu'elle exclut nécessairement dans l'agent la volonté, il est évident qu'elle doit aussi bien le justifier que leur privation complète.

Mais, en admettant même cette interprétation, la difficulté ne peut se résoudre que dans une question de fait, puisque les espèces où elle se produit échappent par leur diversité à une formule générale, et que ce n'est point par la loi, mais bien par les jugements, que les cas individuels peuvent être résolus. Toutefois, on a prétendu que les demi-idiots discernent, en général, le mal des actes les plus graves que condamne la loi naturelle, tels que l'homicide et le vol, et que l'excuse qu'ils peuvent invoquer doit dès lors être circonscrite aux actes défendus par les lois positives ; mais une telle distinction, qui ne s'appuie que sur des probabilités, ne pourrait servir de base aux présomptions de la justice : toute règle en cette matière se traduit dans la vérification des faits. Si le juge reconnaît un idiotisme complet, il doit décharger l'accusé de toute responsabilité ; s'il ne constate qu'un affaiblissement plus ou moins prononcé, qu'une privation partielle des facultés mentales, il doit examiner si l'intelligence incomplète ou confuse de l'agent a pu discerner le caractère de l'acte qu'il a commis, et s'il résulte des circonstances qui ont accompagné et suivi cet acte qu'il avait la conscience de son immoralité ; l'imputabilité dépend de cette appréciation.

La *manie* et la *démence*, qui se décèlent, l'une par un délire général et continu, l'autre par la nullité complète des facultés morales, n'offrent la plupart du temps dans la pratique que des difficultés secondaires. En effet, le caractère de ces deux maladies se reconnaît facilement : elles ne se trahissent point par un acte extraordinaire et isolé, mais par une série d'actes successifs ; la science peut en suivre les progrès, en observer les phases, en constater l'existence. Ici s'applique la définition de la loi romaine : *continua mentis alienatio* ; et il faut ajouter également : *furiosus satis ipso furore puni-*

tur[1]; car c'est surtout à l'égard des maniaques et des insensés, dont la maladie emporte une entière privation des facultés intellectuelles, que la justification n'admet aucune incertitude, et que l'application d'une peine est repoussée par son injustice autant que par son inefficacité.

352. Toutefois une question, que les anciens criminalistes ont longtemps agitée, est de savoir si les maniaques et les insensés sont responsables des actes qu'ils ont pu commettre pendant les intervalles lucides dont ils jouissent. La loi romaine admettait cette responsabilité : *Si vero, ut plerumquè adsolet, intervallis quibusdam sensu saniore, num fortè eo momento scelus admiserit, nec morbo ejus danda est venia, diligenter explorabis, et si quid tale compererit, consules nos ut œstimemus, an per immunitatem facinoris, si eum posset videri sentire, commiserit, supplicio adficiendus sit*[2]. Les anciens jurisconsultes ont suivi cette opinion[3], et on la retrouve encore dans quelques législations modernes. C'est ainsi que le Code pénal d'Autriche excuse l'accusé, soit quand il est totalement privé de sa raison, soit quand il a commis son action pendant une aliénation d'esprit intermittente, durant le temps de l'aliénation[4].

Cette question ne nous semble point avoir toute l'importance que quelques auteurs y ont attachée. La surveillance étroite qui environne les maniaques, même dans les intermittences de leur maladie, ne leur permet que difficilement de se livrer à des actions criminelles. Si néanmoins il commettent un crime, soit dans un intervalle lucide, soit après une interruption plus ou moins longue de la maladie, il n'est pas douteux qu'ils n'en soient moralement responsables, puisqu'on suppose que l'acte a été accompli en toute connaissance de cause. Mais cette responsabilité doit-elle entraîner ses effets légaux ? Ne peut-on pas présumer que l'état habituel d'aliénation a pu exercer quelque influence sur la détermination

1. L. 14, Dig. de off. præs.
2. L. 14, Dig. de off. præs.
3. Farinacius, de pœn. temp., quæst. 94, n. 6 ; Muyart de Vouglans, p. 25.
4. 1re p., art. 2, § 1er et 2.

de l'agent, alors même qu'aucun signe ne la décèle ? Et comment constater la lucidité d'un intervalle dans une maladie mentale ? Quel juge oserait affirmer que cette intelligence, tout à l'heure éteinte, a repris subitement toutes ses clartés ? Enfin, faudra-t-il attendre pour le jugement un autre intervalle lucide ? Et la folie ne pourra-t-elle pas survenir au milieu de l'instruction, et avant que la justice ait achevé son cours ?

Ces considérations semblent assez graves pour faire décider que le maniaque, qui dans une intermittence de sa maladie a commis un crime, ne doit pas, en général, être mis en jugement. Cependant M. Carnot paraît penser que le texte du Code s'oppose à cette décision [1]. Cette opinion, qu'il n'appuie du reste d'aucun motif, se fonderait sans doute sur ce que l'art. 64 semble exiger l'existence de l'aliénation *au temps de l'action*, pour lui donner la puissance d'une excuse; mais pourrait-on soutenir qu'il n'y a pas eu démence au temps de l'action, par cela seul que le malade aurait agi dans une intermittence de la maladie, si l'influence de cette démence a pu s'exercer même dans un moment prétendu lucide, si l'état habituel d'affaissement ou de perturbation des facultés morales du prévenu a pu réagir, même d'une manière inaperçue, sur son action [2] ? Nous reviendrons plus loin sur cette question.

Au reste, les anciens criminalistes posaient en règle, comme une borne à la rigueur de leur système, qu'en cas d'incertitude sur la criminalité de l'acte, cet acte devait être réputé commis sous l'empire de la maladie : *Si dubitetur quo tempore delinquerit, an tempore furoris, an sanæ mentis, in dubio est potiùs quod delinquerit tempore furoris* [3]; et ils ajoutaient que la preuve que le crime a été commis dans un intervalle lucide doit être faite, soit par l'accusation, soit par la partie qui poursuit le procès [4].

353. Nous arrivons à la partie la plus difficile de cette ma-

1. Comment. du Code pénal, t. 1er, p. 202.
2. L'art. 489, C. civ., vient à l'appui de cette opinion.
3. Farinacius, quæst. 98, n. 8.
4. Jousse, Comm. sur l'art. 1er, tit. 28 de l'ord. crim. de 1670.

tière, à la folie partielle, généralement connue sous le nom de *monomanie*. De graves débats se sont élevés à ce sujet : les uns, trop préoccupés des motifs d'impulsion au crime, paraissent disposés à couvrir de l'excuse de la démence tous les faits qui sont commis sans qu'on aperçoive aucune des causes qui expliquent d'ordinaire, sans la justifier, l'action criminelle ; les autres, au contraire, ont nié jusqu'à l'existence d'une démence partielle ; ils ont prétendu que cette affection extraordinaire et bizarre avait été créée par une philanthropie mal éclairée, pour arracher quelques coupables à la juste sévérité de la loi.

L'existence d'une démence partielle peut-elle être révoquée en doute ? Les actes de monomanie sont-ils des actes de démence ? Des faits incontestables répondent à cette question. Les anciens criminalistes ont rapporté plusieurs exemples d'actes instantanés et frénétiques commis sans motifs apparents. Les médecins qui ont écrit sur la manie ont recueilli un plus grand nombre de ces faits dans ces derniers temps, et ce problème n'en est plus un pour la science[1]. On a reconnu qu'il pouvait y avoir absence de raison, absence de la connaissance du bien et du mal, relativement à certains objets, sans que vis-à-vis des autres il y eût altération sensible des facultés intellectuelles. Le délire est quelquefois tellement exclusif, et l'intelligence est tellement libre sous tous les autres rapports, que le malade peut paraître sain d'esprit, tant qu'il ne dirige pas son attention vers l'objet sur lequel il extravague.

Et, en effet, comment expliquer ces agressions qui contrastent si fortement avec les affections et les passions ordinaires des hommes ; cette frénésie, véritable anomalie dans la nature humaine, qui ne se révèle par des déterminations atroces qu'après avoir longtemps rongé le cœur qui l'ensevelissait, ou qui tout à coup éclate au moment même où elle s'empare

1. Examen des procès criminels des nommés *Léger*, *Papavoine* et de la fille *Cornier*, par le docteur Georget ; Médecine légale par Hoffbauer ; M. Marc, Dict. des sciences médicales, vº Aliénés ; Médecine légale de Foderé ; Leçons de M. Orfila ; Observations de M. Esquirol et de M. Pinel.

de l'intelligence ? Y a-t-il beaucoup d'homicides commis par des personnes honnêtes, sans motifs réels, sans intérêt, sans esprit de vengeance ou de cupidité ? Ne serait-ce pas calomnier l'humanité que de supposer sain d'esprit l'homme capable de commettre un horrible forfait, pour le seul plaisir de se baigner les mains dans le sang de ses semblables ?

Cependant on a essayé d'écarter l'idée de maladie, et de rattacher ces frénétiques accès à quelques vices horribles, à des goûts de bizarre cruauté, à d'affreux caprices de misanthropie, à une haine invétérée contre les hommes, transformée en un instinct de férocité et une soif de sang.

Il est possible que l'homme qui a parcouru tous les degrés de l'immoralité finisse par descendre à la dépravation la plus horrible, et par ressentir les appétits de la bête féroce. Il est possible que le coupable, qui a longtemps nourri dans son sein une criminelle pensée, se trouve tout à coup enchaîné comme un esclave au crime que ses désirs ont caressé, et l'accomplisse avec fureur. Nulle voix ne s'élèverait assurément pour écarter la responsabilité de la tête de ces hommes. Ils ont connu l'immoralité de leur penchant ; ils ont eu la conscience du mal qu'ils voulaient faire ; ils ne sont tombés dans l'égarement que lorsque la perversité de leur pensée les a précipités dans le crime : ils sont responsables. L'égarement qu'ils ont pu manifester au moment de l'exécution ne saurait seul être une cause de justification ; car l'approche d'une horrible catastrophe, la consommation d'un crime, peuvent jeter la perturbation dans l'esprit, sans nuire à la puissance de la raison. Ce trouble, cet égarement que les plus grands coupables décèlent, sont un hommage à la conscience humaine ; ils accusent celui qui les a ressentis, loin d'atténuer son crime.

Mais ces hommes, quelque dépravés qu'on les suppose, ont une horreur profonde pour les crimes qu'ils ont commis ; ils apprécient le mal qu'ils ont fait ; ils en éprouvent le remords ; ils savent qu'ils ont cédé à une passion qu'ils pouvaient combattre, et non à une maladie invincible ; enfin, il est possible de saisir la suite des idées qui les ont conduits au crime. A la vérité, ces différentes circonstances sont souvent difficiles à constater. Des nuances plus ou moins prononcées, et qui

échappent même à l'observation, séparent seules ces frénétiques des monomanes. C'est là même l'objection la plus forte qu'on ait opposée à l'excuse de la monomanie ; car personne n'a demandé l'application d'une peine à un homme en démence, mais on a craint que cette démence ne fût un prétexte pour sauver de vrais coupables.

354. C'est à la science que la justice doit demander des lumières pour ne pas égarer ses décisions ; des travaux ont permis de poser quelques règles qui sont comme des jalons destinés a diriger ses pas. Ainsi, les médecins ont remarqué qu'en général, dans les délires exclusifs, le trouble de l'intelligence est rarement limité ; la plupart des malades paraissent préoccupés, incapables de leurs occupations habituelles, inhabiles à se livrer à un travail continu ; ils oublient les personnes qui leur étaient les plus chères, ou ils n'y pensent qu'avec un sentiment de défiance ou pour les accuser d'injustice ; enfin, ils sont de temps en temps en proie à des paroxysmes d'agitation et d'un délire plus général [1]. Un autre caractère de la démence partielle est l'existence d'une idée dominante, exclusive, sous l'empire de laquelle le crime a été commis. Hoffbauer pose en principe que, dans cette sorte de délire, la présence seule de cette idée fixe peut excuser[2]; et, en effet, en dehors de ce point unique, l'agent comprend, raisonne, possède toute son intelligence. Il est donc essentiel de reconnaître l'idée exclusive sur laquelle repose la démence, et d'examiner les rapports de cette idée avec les causes apparentes du crime. L'irresponsabilité doit être partielle comme la folie.

Enfin, l'absence de tout intérêt, et l'indifférence à l'égard du châtiment, sont encore des traits distinctifs de la démence. Mais il faut prendre garde que ces signes peuvent se rencontrer chez les hommes que l'abrutissement du vice ou le dégoût de la vie jettent dans le crime. Ceux-ci sont libres, et

1. M. Georget, v° Folie, Dict. de médecine.

2. Médecine légale, ou les lois appliquées aux désordres de l'intelligence, p. 103 et 106.

par conséquent responsables ; la maladie seule, on le répète, détruit la culpabilité.

Lorsque l'existence de la démence partielle est établie, il est évident qu'on doit appliquer aux monomanes les mêmes règles que pour l'appréciation de la folie complète. Le jugement est plus difficile, mais les principes sont nécessairement les mêmes ; il s'agit toujours de vérifier si le prévenu a eu la conscience du mal qu'il a commis.

Il n'est pas douteux, d'ailleurs, que l'art. 64 ne comprenne la monomanie dans l'expression *démence* dont il se sert ; car la seule condition qu'exige cet article, est que l'accusé ait été en état de démence *au temps de l'action*. Il ne demande point que cette démence ait été habituelle et continue ; l'aliénation, même momentanée, peut donc justifier l'accusé lorsqu'elle est constante. Ce principe avait été posé par la Cour de cassation, avant même que le Code l'eût consacré. En effet, dans une espèce où un militaire qui avait frappé à mort l'un de ses camarades, *dans un accès d'épilepsie*, avait été condamné par un conseil de guerre, la Cour de cassation déclara « qu'il résultait du jugement que le prévenu était, *dans le moment de l'homicide* par lui commis, atteint d'une maladie qui lui avait causé des accès de rage et de fureur *qui n'étaient pas naturels* ; que cette déclaration, d'où résultait le défaut de culpabilité, entraînait nécessairement l'acquittement du prévenu[1] ». On peut donc regarder comme certain que toutes les fois que le fait a été commis dans un moment de démence même accidentelle, l'auteur de ce fait doit être à l'abri des peines que la loi ne décerne que contre les coupables. Ce principe est conforme à la raison. Qu'importe que la démence soit complète ou partielle ? Il suffit qu'elle ait produit, même instantanément, l'abolition de la pensée, pour que l'agent ne soit pas coupable. La société ne peut lui imposer une expiation, si au moment même du crime il n'a pas agi librement. La démence complète entraîne, à la vérité, moins de chance d'erreur de la part des juges ; mais la raison de justification est la même dans les deux cas.

1. Cass., 8 frim. an XIII, S. 1820.1.413.

Ensuite, dans ces deux hypothèses, la peine est inutile, parce qu'elle est inefficace : la crainte du châtiment n'a point retenu les monomanes ; l'affliction de la peine ne guérirait point l'erreur de leurs passions. Heureusement, d'ailleurs, ces hommes sont en petit nombre ; et s'il était vrai, ce qui est un des mystères de l'humanité, qu'il existât des espèces de folie dont l'homme a la conscience, qu'il peut contenir par un certain genre de vie, et dont il peut jusqu'à un certain point s'imputer les excès, du moins leur impunité n'aurait point le même péril qu'à l'égard des crimes ordinaires.

On a distingué plusieurs variétés de la monomanie : la plus terrible est la *monomanie homicide*, autrefois appelée homicide bestial. Les malades sont poussés à répandre le sang par des motifs imaginaires qui agissent puissamment sur leur esprit. Quelques-uns seulement éprouvent un instinct sanguinaire, une impulsion plus ou moins violente et quelquefois irrésistible à l'homicide avec la conscience de leur état. Les autres entendent une voix intérieure, obéissent au doigt de Dieu qui leur désigne une victime, veulent arracher d'innocentes créatures à la corruption du monde, ou pensent s'affranchir de prétendus ennemis ou de génies malfaisants. On connaît également des cas assez nombreux de *la monomanie incendiaire* ; cette démence partielle offre ce caractère étrange qu'elle se communique par une sorte de contagion. On a vu des personnes s'armer de la torche en écoutant le récit d'un incendie : inexplicable problème de la volonté humaine ! Enfin la monomanie du vol a présenté d'incontestables exemples ; la preuve en est plus difficile, parce qu'on ne peut dire qu'il y ait absence d'intérêt, à moins que la chose volée ne soit que d'une faible valeur, eu égard à la position de celui qui l'a prise. Mais, dans ces divers cas, l'aliénation mentale a des caractères qui lui sont propres, des signes qui la révèlent ; et il faut en prouver l'existence, lorsqu'on allègue cette maladie comme moyen de défense.

355. L'exception justificative de la démence fait naître encore d'autres questions. Il s'agit de savoir si elle peut être étendue à certaines perturbations de l'intelligence qui ne prennent point leur source dans la démence proprement

dite, mais qui offrent plusieurs des caractères et des effets de cette maladie. Telles sont les passions et l'impétuosité de la colère ; tels sont encore le somnambulisme et l'ivresse.

Quelques personnes ont voulu assimiler la puissance des passions humaines à l'aliénation mentale, la fureur de l'homme en proie à la jalousie ou au désespoir à la fureur de l'aliéné. On a demandé si une passion exclusive et dominante ne peut pas être considérée comme un accès de monomanie, et si cette passion ne peut pas exciter momentanément un état d'aliénation. Ces questions ont été fréquemment soulevées dans l'intérêt de la défense devant les Cours d'assises, pour excuser les crimes commis dans un moment d'emportement. « Il est, disait un célèbre avocat, diverses espèces de fous ou d'insensés : ceux que la nature à condamnés à la perte éternelle de leur raison, et ceux qui ne la perdent qu'instantanément par l'effet d'une grande douleur ou d'une grande surprise, ou de toute autre cause pareille. Il n'est de différence entre ces deux folies que celle de la durée ; et celui dont le désespoir tourne la tête pour quelques jours ou pour quelques heures, est aussi complétement fou pendant son agitation, que celui qui délire pendant beaucoup d'années [1]. » Il importe de repousser une doctrine qui nous paraît aussi erronée qu'elle est dangereuse. D'abord, il n'est pas vrai, aux yeux de la science, qu'une passion puisse exciter un dérangement momentané des facultés intellectuelles. Les annales de la médecine n'ont point encore signalé de folie *temporaire* qui soit née et qui ait cessé avec une passion dominante [2]. Les passions peuvent être la source d'une affection *persistante*, et ce sont même de toutes les causes de la folie les plus nombreuses et les plus puissantes. Mais on ne saurait apercevoir les symptômes d'une aliénation réelle dans ces troubles de l'esprit, quelque graves qu'ils soient, qui voilent l'intelligence comme d'un nuage, mais qui disparaissent avec leur cause.

1. Barreau français : M. Bellart, plaidoyer pour Joseph Gras.

2. Le docteur Georget, Dict. de médecine, vº Folie.

En assimilant les passions à l'aliénation mentale, on justifie l'immoralité en la plaçant sur la même ligne que le malheur; on l'encourage, en offrant l'impunité comme une prime à ses débordements. L'infortuné dont une maladie a ébranlé l'intelligence obéit comme une machine à une force motrice dont il ne peut combattre la puissance; l'homme qui agit sous l'empire d'une passion a commencé par laisser corrompre sa volonté, et c'est sa volonté qui, emportée par la passion, s'est précipitée dans le crime : le premier subit un pouvoir irrésistible, l'autre a pu résister et ne l'a pas voulu. Dans le paroxysme même de la passion la plus délirante, l'homme ne cesse point d'avoir la perception du bien et du mal, et de connaître la nature des actes auxquels il se livre; l'amour, la jalousie, la vengeance, peuvent le subjuguer; il cède à l'entraînement de ses désirs, mais il trouverait dans son sein la force de les combattre. Les passions violentes abrutissent le jugement, mais ne le détruisent pas; elles emportent l'esprit à des résolutions extrêmes, mais elles ne le trompent ni par des hallucinations, ni par des chimères; elles excitent momentanément des sentiments de cruauté, mais elles ne produisent pas cette perversion morale qui porte l'aliéné à immoler sans motifs l'être qu'il chérit le plus. En un mot, il n'y a pas suspension temporaire des facultés de l'intelligence; l'homme agit sous l'empire d'un sentiment impérieux qui le maitrise, mais il a accepté cette domination, il agit volontairement.

La loi pénale doit donc être entendue dans ce sens, que le motif de justification qu'elle établit ne doit s'appliquer qu'aux seuls accusés qui sont atteints de démence. Sans doute, sous cette expression il faut comprendre toutes les nuances que la science médicale a reconnues dans l'alienation mentale; mais la condition nécessaire pour que l'agent soit justifié, est qu'il y ait maladie, lésion complète ou partielle des facultés de l'intelligence. Toute perturbation des sens qui prend sa cause, non dans une maladie mentale, mais dans les frénésies ou la corruption de la volonté, ne peut invoquer une excuse qui n'appartient qu'à la maladie. Ce principe n'admet aucune exception ; en le maintenant dans ses limites précises, on lui

confère d'ailleurs une puissance moins contestable à l'égard des espèces si variées de la folie partielle.

Cependant, si les passions ne peuvent être assimilées à des accès de monomanie, on ne peut méconnaître qu'elles obscurcissent, qu'elles enchaînent même la volonté, et ne lui laissent pas dès lors la liberté nécessaire pour commander à l'impulsion de leurs désirs. La responsabilité morale n'a pas disparu, mais elle s'affaiblit. Elles ne peuvent être invoquées comme motifs de justification, mais comme motifs d'atténuation de la peine. « *Jurisconsulti sanxerunt delicta quæ irâ aut dolore concitati commisimus non esse severiùs punienda*[1]. »

En effet, la conscience universelle a admis des distinctions entre l'homicide commis de sang-froid, que la vengeance ou la cupidité ont longtemps prémédité, et l'homicide qu'un moment de jalousie frénétique ou qu'une violente provocation ont fait commettre. Le danger social et la criminalité elle-même ne sont pas les mêmes dans ces diverses espèces. La justice, comme la raison politique, commande donc des degrés distincts dans la pénalité.

C'est en obéissant à cette loi morale que notre Code a séparé les crimes commis avec ou sans préméditation. Il abandonne ensuite aux juges et aux jurés le pouvoir d'abaisser les peines, par l'effet des circonstances atténuantes, d'après les nuances infinies que réfléchissent les passions humaines, et les motifs d'excuse qui peuvent se puiser dans leurs causes, dans les combats de l'agent avec lui-même, dans ses efforts pour lutter contre le sentiment qui l'a dominé, dans ses regrets et ses pleurs. Là s'arrête l'indulgence de la loi; l'accusé peut paraître digne de pitié, mais il reste coupable à ses yeux. Il doit, en effet, se reprocher d'avoir nourri un désir qui s'est peu à peu changé en une indomptable passion, ou de s'être imprudemment placé dans une position qui a dominé sa volonté, et lui a fait du crime une sorte de nécessité.

356. Les mêmes motifs peuvent s'appliquer au crime commis dans l'émotion d'une colère violente ou d'une juste dou-

1. Tiraqueau, p. 15; Farinacius, quæst. 98. n. 77; Baldus, in l. impubeum, C. de impub.; Julius Clarus, in pract., quæst. 61, n. 7.

leur. « *Quidquid in calore iracundiœ vel fit, vel dicitur, non priùs ratum est, quàm si perseverantiâ apparuit judicium animi fuisse*[1]. » La colère, de même que la passion, n'est point une cause de justification, car l'homme a le pouvoir de dominer ses émotions et de s'en rendre maître ; mais elle peut être invoquée comme un motif d'excuse, et même, dans certains cas, son effet légal est plus étendu que celui des passions. C'est que l'emportement de la colère diffère sous un rapport de l'emportement d'une passion désordonnée. L'homme dont une cause imprévue et subite trouble l'esprit, n'a pas, comme celui qui est en proie à la jalousie, laissé fermenter dans son sein le poison qui, plus tard, bouleverse sa raison. Il cède à un transport instantané ; il n'a pu le prévenir ni en écarter la cause ; aussi a-t-on asssimilé la colère à la folie : *ira furor brevis*. Le devoir du législateur est de remonter à la source de cet emportement, et de discerner la nature des faits qui l'ont excité, *cùm sit difficillimum justum dolorem temperare*[2]. L'excuse n'est pas dans la colère elle-même, mais dans la cause : « *Simplex iracundiœ calor non excusat, nisi justa causa prœcedat*[3]. Les anciens jurisconsultes distinguaient les causes de la colère, *justœ ac injustœ causœ irœ aut doloris*. Le Code pénal, qui a suivi en cela la loi romaine, couvre le crime commis dans un moment de colère ou de douleur, du voile de l'excuse légale, lorsque le crime a été provoqué par des coups ou des blessures (art. 321), par l'adultère de l'épouse dans la maison conjugale (art. 324), enfin par un outrage violent à la pudeur (art. 325). Voilà les justes causes de colère que reconnaît la loi ; elles dépouillent le crime de son caractère et l'abaissent au rang des délits. Mais, hors de ces cas, la colère ou la douleur rentrent dans la classe des circonstances atténuantes, et peuvent seulement motiver une atténuation de la peine : « *Non excusant in totum, sed tantùm faciunt ut mitiùs delinquens puniatur*[4]. »

1. L. 48. Dig. de div. reg. juris.
2. L. 38, § 8, Dig. ad leg. Juliam de adulteriis.
3. Farinacius, quæst. 91, n. 13.
4. Farinacius, quæst. 91, n. 4. V. encore l. 16, § 2, Dig. de pœnis ; l. 1, § 2, Dig. ad S. C. turpit.; l. 9, C. de abol.

357. L'imputabilité des actes commis *en état de somnambulisme* a donné lieu à des opinions diverses. Le mystérieux travail de l'intelligence pendant le sommeil échappe à l'observation, et dès lors ce n'est que sur de vagues présomptions, que les discussions ont pu s'asseoir. « Et ces discussions oiseuses, a dit M. Rossi[1], ne méritent d'être citées que comme un exemple de la témérité de l'homme, lorsqu'il prétend se lancer sans frein et sans guide dans le domaine de la justice morale. Il suffit de se rappeler un instant les formes et les imperfections de la justice humaine, pour reconnaître qu'elle n'a ni les moyens, ni le besoin, ni le droit de s'enquérir des actions commmises pendant le sommeil. »

Nous pensons également qu'il faut établir en principe que les somnambules ne sont point responsables des actes qu'ils ont commis dans leur sommeil. Ce n'est point par une assimilation, que la loi ne permet point d'ailleurs, du somnambulisme à la démence ; mais la volonté du somnambule est trop incertaine, pour qu'on puisse le rendre responsable de ses actes ; il y a doute, doute complet, sur la culpabilité : l'agent doit être absous. Telle était aussi la règle mise en pratique dans l'ancienne jurisprudence d'après la maxime : *dormiens furioso œquiparatur*[2].

Cette règle avait quelques exceptions. Si le somnambule connaissait sa maladie et n'avait pas pris les précautions que la prudence lui suggérait, le crime lui était imputé[3]. Mais il est évident que, dans ce cas même, il n'était coupable que d'imprudence ou de négligence ; et telle est aussi la décision de la loi que les jurisconsultes citent à l'appui de l'imputabilité pénale : « *Culpam esse quod à diligente provideri poterit, non esse provisum*[4]. »

Une autre exception a été établie pour le cas où l'agent aurait ratifié à son réveil l'action qu'il a commise en état de

1. Traité de droit pénal, t. 2, p. 187.

2. Tiraqueau, de pœn. temp., p. 15 ; Farinacius, quæst. 98, n. 63 ; Muyart de Vouglans, p. 29.

3. Farinacius, quæst. 98, n. 70.

4. L. 31, Dig. ad leg. Aquil.

somnambulisme [1]. Cette approbation, en effet, révélerait une volonté criminelle préexistante au crime ; elle indiquerait que le somnambule n'a fait qu'exécuter machinalement un dessein conçu à l'avance, et dont la pensée préoccupait encore son sommeil ; et cependant, même dans cette hypothèse, combien insuffisantes sont les présomptions ! Qui dira si cette volonté, sans guide, ne se serait pas arrêtée de sang-froid devant l'exécution ? Une large distance sépare le désir et l'action ; et l'acte du somnambule ne doit être considéré que comme un désir hautement manifesté. Or, la jouissance immorale qu'il en a ressentie indique-t-elle suffisamment qu'au désir il joint l'audace de l'exécution ? Pourrait-on en induire d'une manière certaine la préméditation ?

Cependant les jurisconsultes et les professeurs de médecine légale ont été plus loin. Ils ont prétendu que si l'agent avait une inimitié capitale, le crime lui serait imputable, parce que ce crime ne serait alors qu'une exécution des sentiments criminels qu'il aurait nourris pendant son réveil [2]. On pourrait soutenir avec autant de raison que toutes les actions des somnambules ont leur source dans une pensée préexistante, et ne sont que l'exécution d'un projet, d'une intention criminelle conçue durant les veilles ; mais sur quelle fragile base reposerait une telle criminalité ! Comment remonter à une intention que couvre le mystère du sommeil ? Par quelle échelle de présomption arriver à punir une intention présumée ? Et même, en supposant prouvée une volonté criminelle préexistante à la perpétration, la culpabilité ne serait-elle pas incertaine encore, puisque le crime ne peut se former que par le concours simultané et non successif du fait et de la volonté ? Au reste, le somnambulisme, de même que les autres égarements de l'esprit, peut être simulé ; c'est à celui qui l'invoque comme excuse à prouver que cet état moral lui est habituel, et qu'au temps de l'action particulièrement il s'y trouvait soumis.

358. L'*ivresse* est le dernier des états de l'intelligence qui

1. Menochius, de arb., quæst. lib. 2, casu 327, n. 8.

2. Hoffbauer, loc. cit.; Foderé, Traité de médecine légale ; Muyart de Vouglans, p. 29.

présente de l'analogie avec la démence, et sa présence soulève les mêmes difficultés. Peut-elle produire l'effet de justifier l'agent ? Doit-on lui reconnaître le caractère d'une démence passagère ? Ces questions ont donné lieu aux discussions les plus diverses, aux opinions les plus contradictoires. Les uns n'aperçoivent dans l'ivresse aucun motif d'excuse ; les autres dégagent, au contraire, de toute responsabilité l'agent qui a commis l'action en cet état ; d'autres enfin distinguent entre les diverses espèces d'ivresse, et n'accordent ce privilége qu'à l'ivresse involontaire.

Arrêtons-nous d'abord à fixer le caractère intrinsèque de l'ivresse : lorsqu'elle est volontaire, alors même qu'elle n'est pas habituelle, il est évident qu'elle constitue un acte reprochable, une faute ; cette faute peut même revêtir un caractère plus grave, lorsque l'ivresse se produit publiquement et qu'elle est accompagnée de scandale ; la morale peut en être blessée, et l'ordre public est compromis. Aussi la législation offre plusieurs exemples de pénalités qui lui ont été appliquées. Un édit de François Ier, d'août 1536, portait contre les personnes ivres des peines afflictives assez graves [1]. Les statuts anglais punissent encore l'ivresse d'une amende, et, en cas de recidive, l'inculpé doit donner caution de bonne conduite [2]. Il est visible que la nécessité de cette pénalité dépend entièrement des pays, des habitudes, et des caractères mêmes des peuples [3].

Mais, que l'ivresse soit ou non réprimée, son caractère ne

1. Quiconque sera trouvé yvre soit incontinent constitué et retenu prisonnier au pain sec et à l'eau pour la première fois ; et si secondement il est reprins, sera, outre ce que devant, battu de verges ou fouet par la prison, et la tierce fois fustigé publiquement ; et s'il est incorrigible, il sera puni d'amputation d'oreille, d'infamie et de bannissement de sa personne : et si est par exprès commandé aux juges, chacun en son territoire et districict d'y regarder diligemment. »

2. Every person who shall be drunk shall forfeit for the first offence five shillings ; on a second conviction, shall be bound with two sureties in 10 liv. conditioned for his good behaviour. (Stephen's Summary, p. 13).

3. * * En France, la loi du 23 janvier 1873 a porté des peines contre l'ivresse publique.

peut être que celui d'une faute, d'une infraction plus ou moins grave de police, en un mot, d'une imprudence. C'est sous ce seul point de vue que les législateurs qui l'ont punie l'ont considérée, et il est évident qu'elle ne pourrait, sans blesser la loi morale, être élevée au rang des délits [1]. Maintenant ce caractère reçoit-il une modification si, pendant la durée de l'ivresse, l'agent a commis quelque crime ? En d'autres termes, cet agent est-il responsable des actes auxquels il s'est livré dans cet état ?

En thèse générale, cette question ne présente aucun doute à nos yeux. Il est certain que l'ivresse complète produit un complet aveuglement ; elle place comme un nuage autour de l'intelligence ; l'homme prend les instincts et suit les inspirations de la brute ; il n'agit que machinalement, et sa raison ne participe point aux actes matériels auxquels il se livre. Cette ivresse, qui replace l'homme dans l'enfance, ou le plonge dans une passagère aliénation, doit donc aux yeux de la conscience l'exempter, comme l'enfance et la folie, des peines attachées à son action. L'être moral ne peut répondre des actes d'une machine. Telle est aussi l'opinion de M. Rossi. « L'ivresse, a dit ce professeur, lorsqu'elle est complète, ôte entièrement la conscience du bien et du mal, l'usage de la raison : c'est une sorte de démence passagère ; l'homme qui s'est enivré peut être coupable d'une grande imprudence ; mais il est impossible de lui dire avec justice : « ce crime, tu l'as compris au moment de le commettre [2]. » Et n'y aurait-il pas contradiction, en effet, à proclamer à la fois la criminalité et l'absence de la raison ? Comment l'agent répondrait-il moralement d'un fait auquel son intention n'a pas concouru ? Il est coupable d'une imprudence, d'une faute, mais on ne peut lui imputer un crime.

Cette distinction, qui est puisée dans la conscience humaine, a été sanctionnée par plusieurs législations. La loi romaine

1. * * L'ivresse, au moins l'ivresse publique, peut être élevée au rang des délits, si elle est imputable à l'agent ; et c'est ce qu'a fait la loi du 23 janvier 1873, pour le cas de récidive (art. 2).

2. Traité du droit pénal, t. 2, p. 188.

considérait l'ivresse comme un motif d'excuse : « *Per vinum aut lasciviam lapsis capitalis pœna remittenda est, et militæ mutatio irroganda* [1]. » Cette peine modifiée était appliquée, disent les jurisconsultes, non à raison du délit commis en état d'ivresse, puisque le fait matériel, dépourvu d'intention, ne constitue pas un délit, mais à raison de la faute que son auteur a commise en s'enivrant : « *Ebrius punitur non propter delictum, sed propter ebrietatem* [2]. » Le Code d'Autriche a adopté cette décision : nulle action ne constitue un crime ou un délit quand l'auteur est en état de pleine ivresse (art. 2, § 3), mais les delits commis dans cet état sont punis comme de graves infractions de police (2e p., art. 3). Le § 5 du tit. 3 du Code pénal de Suède est ainsi conçu : « Celui qui, sans sa propre faute, sera tombé dans un tel égarement d'esprit qu'il n'avait plus connaissance de lui-même, sera exempt de punition pour l'action commise par lui durant cet état de perte de la connaissance. »

Toutefois, à côté de ces sages distinctions, la législation offre des solutions opposées. Les statuts de l'Angleterre proclament la responsabilité compléte des individus qui ont commis des crimes durant l'ivresse [3], et la même règle absolue s'est reproduite dans les lois de l'Amérique [4]. L'or-

1. L. 6, § 7, Dig. de re militari. — La loi 11, Dig. de pœnis, porte également cette distinction : Delinquitur autem aut proposito, aut impetu, aut casu. Proposito delinqunt latrones, qui factionem habent. Impetu autem qui per ebrietatem ad manus aut ad furtum venitur. Casu vero, cùm in venando telum in feram missum hominem interfecit. » V. encore l. 12, C. de custodia et exhib. reorum.

2. Farinacius, quæst, 93, n. 4 ; Baldus, in l. data opera, § 6, C. de his qui accus. non possunt.

3. Persons voluntarily drunk are liable for all crimes committed in that state. (Stephen's Summary, p. 5).

4. Drunkenness shall not be an excuse for any crime or misdemeanor (Penal Code of the state of Georgia, first div., sect. 9).— * * Le Code pénal russe prononce le maximum de la peine contre celui qui s'est volontairement enivré pour commettre le crime. — Le Code pénal du Mexique admet comme cause de non-imputabilité l'ivresse complète non habituelle, *si l'accusé n'avait pas auparavant, étant en état d'ivresse, commis une infraction punissable.*

donnance de François Ier allait même plus loin, et punissait les délits commis pendant l'ivresse d'une peine plus forte : « S'il advient que, par ébriété ou chaleur de vin, les ivrognes commettent aucun mauvais cas, ne leur sera pour cette occasion pardonné ; mais seront punis de la peine due audit délit et davantage pour ladite ébriété, à l'arbitrage du juge. » Cette dernière loi n'avait fait que reproduire l'opinion émise par Aristote et par Quintilien, que l'ivresse aggravait le crime, et devait donner lieu à deux peines, l'une pour le délit, et l'autre pour l'ivresse [1].

359. Ces décisions diverses se fondent sur une raison unique. C'est, dit Filangieri, que l'ignorance de l'homme ivre est absolument volontaire : il y a un mal dans la cause, il y a un mal dans l'effet [2]. Barthole avait déjà allégué ce motif : « *Danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur contra voluntatem suam* [3]. » Que l'ivresse volontaire soit une faute, on ne l'a point nié. Mais s'ensuit-il que cette faute doive porter la peine d'un crime ? Faut-il placer sur la même ligne la légèreté de celui qui s'enivre et l'intention criminelle de celui qui se fait meurtrier ? Ne serait-ce pas assimiler deux actes qui n'ont entre eux aucune analogie, le meurtre et l'homicide involontaire ? L'homme qui s'enivre ne doit répondre que de l'imprudence qu'il fait en s'enivrant. Lui imputer les actes qu'il a exécutés quand il a perdu sa raison, c'est punir comme un crime un acte purement matériel, abstraction faite de la volonté coupable de l'agent.

Et puis, est-il vrai que l'ivresse soit toujours volontaire ? Ne peut-on pas supposer, et n'est-il pas même assez fréquent que la chaleur du vin ou la joie d'un festin produisent subitement une ivresse tout à fait accidentelle et imprévue ? Où serait alors la faute dont les décisions que nous avons citées font la base de leur pénalité ? Et ne peut-on pas admettre encore que l'ivresse a été produite par des manœuvres cou-

1. Arist. Ethic., lib. 1, c. 34 ; Quint. Orat. inst. 7 c. 1.
2. Science de la lég., t. 4, ch. 13.
3. Ad leg. 38, Dig. ad leg. Jul. de adult.

pables, étrangères à l'agent, et qui avaient pour but de le porter, à son insu, à un acte coupable? Dans cette hypothèse, son innocence est tellement évidente, que la loi de la Géorgie, tout en proclamant que l'ivresse n'est point une excuse, fait une exception pour le cas où elle a été occasionnée par les artifices d'un tiers [1]. Il est donc un cas où l'ivresse n'est pas une faute, et dès lors toute l'argumentation que l'on oppose s'évanouit.

Mais, il faut le reconnaître, ce n'est point dans le principe lui-même qu'est la discussion, c'est uniquement dans son application. On a craint de donner le caractère d'une excuse légale à un fait répréhensible en lui-même, et qu'il est toujours difficile de constater. On a vu le danger de légitimer une habitude immorale, et de préparer un voile à tous les crimes. Il paraît certain, en effet, que la science médicale n'a pas de moyens pour discerner l'ivresse réelle de celle qui ne l'est pas : des individus possèdent à un haut degré l'art de la contrefaire; d'autres s'y disposent par un léger excès de boisson enivrante, mais dont la dose n'est point assez forte pour déranger leur raison. Aussi la difficulté des recherches judiciaires est extrême pour parvenir à établir le fait d'une complète ivresse. Mais s'ensuit-il que, pour trancher ces difficultés, il faille, dans le doute, envoyer le prévenu au supplice? La justice doit marcher avec précaution; elle doit s'entourer de tous les indices, interroger toutes les preuves, et, de tous les éléments qui sont à sa disposition, former sa conviction. La nature du fait, les actes divers de l'agent, l'intérêt qu'il avait à l'action, les habitudes de sa vie, toutes ces circonstances viennent déposer de la vérité ou du mensonge de l'ivresse. La simulation de l'ivresse, comme celle de la démence, se dévoile toujours par quelque coin et par l'affectation même de l'homme ivre à le paraître. Et puis, c'est au prévenu qui invoque l'ivresse pour excuse à la prouver: *Ebrius non præsumitur*; *onus probandi incumbit alleganti* [2].

1. Unless such drunkenness was occasioned by the fraude, artifice or contrivance of other persons. Loc. cit.)

2. Farinacius, quæst. 93, n. 23.

360. Maintenant que nous avons reconnu le principe, hâtons-nous de le circonscrire dans d'étroites limites ; car l'ivresse peut être une cause, mais non un prétexte d'excuse.

Et d'abord, on doit poser, avec les anciens criminalistes, une première distinction entre l'ivrese *complète* et l'ivresse *légère* [1]. La première seule peut avoir l'effet de justifier l'agent : une demi-ivresse peut toutefois atténuer le crime, lorsqu'il est l'effet de cette exaltation passagère qu'elle produit d'ordinaire, et qui, sans supprimer dans l'homme ivre la conscience de lui-même et du mal qu'il fait, lui ôte l'usage de la réflexion. Il est possible de discerner, d'après les actes et la conduite de l'agent, si son ivresse était complète, ou s'il conservait la perception de la nature de son action. Cette distinction est importante dans la pratique pour établir l'imputabilité pénale. Le Code d'Autriche, de même que les anciens jurisconsultes, n'accorde qu'à la *pleine ivresse* le pouvoir de décharger de la peine.

Une seconde distinction, non moins importante, doit être établie entre l'ivresse *imprévue* et l'ivresse *procurée.* Il est évident que l'homme qui a conçu le projet d'une mauvaise action, et qui cherche dans des liqueurs enivrantes, soit l'audace nécessaire à l'exécution de son dessein, soit un moyen d'étourdir sa conscience contre ses remords, soit une excuse qu'il prépare à l'avance au crime qu'il médite, il est évident que cet homme ne saurait trouver une excuse dans une ivresse qui devient une véritable préméditation. Aussi les jurisconsultes n'ont-ils jamais protégé, de la puissance de l'excuse, cette sorte d'ivresse, *ebrietatem procuratam ac affectatam ad effectum ut ebrius delinqueret et delinquendo se cum eâ excusaret* [2]. Telle est aussi la restriction apportée par le législateur de l'Autriche à son principe d'excuse. « Nulle action, dit la loi, ne constitue un délit, quand l'auteur est en état de pleine ivresse, *à moins qu'il ne s'y soit mis dans l'intention de commettre un délit.* »

Ainsi, l'ivresse complète et non préméditée est la seule que

1. Farinacius, quæst. 93, n. 18.
2. Farinacius, quœst. 93, n. 21.

l'agent puisse alléguer et être admis à prouver comme cause de justification. Cependant on a fait encore une troisième distinction entre l'ivresse *habituelle* et l'ivresse *accidentelle*. Cette distinction a été proposée par Barthole, qui le premier a discerné l'homme ivre et l'ivrogne, *ebrium* et *ebriosum*[1]. La raison est que, si l'on conteste la culpabilité d'une ivresse accidentelle, on ne peut nier du moins la faute grave qui résulte d'une ivrognerie habituelle, et que nul ne peut rendre sa condition meilleure par son propre délit. La source de cet argument, que nous avons déjà combattu, est dans la loi 38, § 1, au Dig., *ad leg. Juliam de adulteriis*, dans laquelle se trouve cette maxime, que celui qui commet un fait illicite est tenu de toutes les conséquences de son action. Il est évident que cette maxime ne peut être appliquée en matière pénale. Mais il suffit d'ailleurs de remarquer que l'on a confondu ici la cause avec l'effet : l'ivresse ou l'ivrognerie peut être illicite, mais ce caractère ne peut exercer aucune influence sur la nature des actes qu'elle produit ; car la question est toujours de savoir si l'agent a eu la conscience du mal de ces actes. Qu'importe, ensuite, que son ivresse fût accidentelle ou habituelle? L'infraction spéciale, *sui juris*, qui en résulte, la faute, l'imprudence de l'agent, peuvent être plus ou moins graves ; mais dans l'un et l'autre cas son état mental est le même ; le motif d'atténuation conserve donc la même puissance[2]. On ne devrait excepter que le seul cas où le prévenu, ayant déjà commis un crime en état d'ivresse, s'enivrerait de nouveau ; car il serait permis d'apercevoir dans cette réitération l'indice d'une préméditation[3].

361. Revenons maintenant au texte de notre Code. L'art. 64 n'a formulé d'excuse qu'à l'égard de la démence, il a gardé le silence sur l'ivresse. Faut-il attribuer à l'ivresse le caractère d'une démence momentanée ? Nous ne le pensons pas. L'ivresse peut avoir quelques-uns des effets de l'aliénation

1. Ad leg. 38 Dig., ad Leg. Jul. adult.
2. Carmignani, Teoria delle leggi della sicurezza sociale, t. 2, p. 286.
3. ** C'est la disposition du Code pénal du Mexique. (V. *suprà*, p. 571, n. 4.)

mentale, mais elle n'en a pas le caractère essentiel, le dérangement organique des facultés intellectuelles. La démence n'est point une expression générique qui puisse envelopper toutes les aberrations de l'esprit ; on ne peut lui donner, dans la loi, d'autre sens que celui que la langue lui attribue ; on doit donc le restreindre aux maladies du cerveau. On ne peut, d'ailleurs, admettre que l'ivresse ait pu être confondue par le législateur avec la démence ; si son intention eût été de l'élever au rang des excuses, il l'eût évidemment mentionnée ; son silence révèle la volonté formelle de lui refuser ce caractère.

Telle est aussi l'interprétation que la Cour de cassation n'a cessé de maintenir par ses arrêts[1] ; mais en ajoutant surabondamment : « que l'ivresse, étant un fait volontaire et répréhensible, ne peut jamais constituer une excuse que la morale et la loi permettent d'accueillir ». Motif erroné, qui ne fait que reproduire la raison alléguée par Barthole, et qui semble dicter à l'avance au legislateur une prohibition absolue. Il suffisait de constater le silence de la loi.

Si donc, en théorie, l'ivresse, lorsqu'elle est involontaire et complète, et qu'elle est d'ailleurs valablement constatée, peut avoir la puissance de justifier l'agent, cet effet lui est refusé sous l'empire de notre Code : elle ne peut être posée au jury et admise par les juges comme excuse légale des crimes et des délits. Mais il est néanmoins permis à l'accusé de l'alléguer dans sa défense, et de la prouver par ses interpellations aux témoins ; car, si elle n'a pas le caractère d'une excuse légale, elle conserve celui d'un fait d'atténuation, et peut avoir l'effet d'abaisser la peine en motivant la déclaration des circonstances atténuantes. Elle peut exercer encore un plus grand pouvoir sur la conscience des jurés, qui ne doivent compte à personne des motifs de leur décision, et qui ont le devoir de prononcer un verdict de non-culpabilité, toutes les fois que l'accusé, soit par l'effet d'une ivresse complète, soit par l'effet de toute autre perturbation des sens, a agi sans

1. Cass., 15 oct. 1807, S.8.1.24 ; 18 mai 1815, S.15.398, 3 avril 1824 S.24.1.323.

pouvoir réfléchir à la portée de son action, et sans en comprendre la nature et la moralité.

362. Constatons ici, en résumant ce qui précède, et avant de pénétrer plus avant dans cette matière, les états de l'intelligence que la loi a voulu renfermer dans l'expression de *démence*. Nous en avons successivement écarté les passions, quel que soit le désordre qu'elles jettent dans l'esprit, le somnambulisme ou le sommeil, et enfin l'ivresse, même compléte et involontaire. Ces diverses causes peuvent sans doute affaiblir et même abolir la criminalité de l'agent ; mais leur examen rentre dans l'appréciation morale du fait, dans l'examen de la question de culpabilité elle-même. La loi n'a voulu donner qu'à la démence le caractère et les effets d'une excuse légale ; or, par démence, on doit entendre, puisque aucun texte n'en a restreint le sens, toutes les maladies de l'intelligence, l'idiotisme et la démence proprement dite, la manie délirante et la manie sans délire, même partielle. Toutes les variétés de l'affection mentale, quelles que soient les dénominations que leur applique la science, quelque classification qu'elles aient reçue, revêtent la puissance de l'excuse, et justifient l'accusé, pourvu que leur existence au temps de l'action soit certaine, pourvu que leur influence sur sa perpétration puisse être présumée. C'est à ces termes que se résume à nos yeux la véritable théorie de l'article 64.

363. Cela posé, nous avons maintenant à rechercher les effets de la démence constatée sur l'instruction, sur les débats, sur le jugement, et enfin sur l'exécution de la peine.

Lorsque la présence de la démence, au temps même de l'action, est alléguée ou présumée, le premier soin de l'instruction doit être de vérifier si elle est réelle ou feinte, si le prévenu est de bonne foi, ou s'il y a fraude de sa part. Il importe que cette vérification soit faite aux premiers pas de la procédnre, puisqu'il n'y a plus ni crime ni délit, si le fait incriminé a été commis par un homme en démence, puisqu'on doit s'empresser de soustraire au séjour des prisons un être qui n'est que malheureux et souffrant. Les visites, les interrogatoires, les rapports des gens de l'art, sont les plus sûrs moyens d'apprécier la véritable situation

morale de l'inculpé. Les témoignages présentent en général plus de chances d'incertitude et d'erreur, parce que les témoins veulent juger les faits, et les jugent mal, parce qu'ils sont mus par des considérations de famille ou de faveur, à moins toutefois qu'ils ne se bornent à raconter des faits qui se sont passés sous leurs yeux « *Non creditur testibus de furore deponentibus*, dit Bocrius [1], *nisi causam reddant scientiæ.* »

364. La démence constatée, il serait aussi absurde qu'inhumain de mettre en jugement l'individu qui en est atteint. La justice n'a plus de mission à remplir ; elle n'a point d'exemple à donner à la société ; son jugement, au lieu de prononcer l'expiation d'une faute, ne ferait que constater une infortune; la poursuite doit donc s'arrêter. Avant le Code d'instruction criminelle, il appartenait au directeur du jury d'apprécier la nature des faits et de suspendre la procédure [2]. Ce pouvoir pourrait encore être aujourd'hui exercé par le seul juge d'instruction depuis que ce juge a remplacé la chambre du conseil; il est investi, avec la chambre d'accusation, du droit d'apprécier si le fait poursuivi a les caractères d'un crime ou d'un délit, et de renvoyer des poursuites le prévenu contre lequel aucun indice de culpabilité n'existe (art. 128 et 229 du Code d'instruction criminelle modifiés par la loi du 17 juillet 1856). C'est donc à cette première juridiction qu'il appartient d'examiner la situation intellectuelle du prévenu, et de le décharger de la prévention, s'il est convaincu d'idiotisme ou de folie [3]. Elle ne pourrait même surseoir à statuer, jusqu'à ce que le tribunal civil eût prononcé s'il y a lieu de déclarer l'interdiction ; ce principe a été consacré par un arrêt de la Cour de cassation qui déclare : « que la question de savoir s'il y a lieu de faire interdire le prévenu, est absolument indépendante de celle de savoir s'il y a lieu de le poursuivre pour es délits qui lui sont imputés, et ne peut par conséquent être

1. Déc. 23, n. 44.
2. Loi du 5 pluv. an IX, art. 15.
3. Dans l'ancienne jurisprudence, le droit des premiers juges, de constater la démence au temps de l'action, était également une règle constante. On peut consulter sur ce point une dissertation de Jousse, Comm. de ord. de 1670, tit. 28, art. 1er, § 4.

préjudicielle; qu'en matière criminelle, la loi qui donne au juge le droit de décider s'il y a crime ou délit, lui donne par cela même et nécessairement le droit de décider si l'accusé ou le prévenu est, par son état moral, capable de l'intention perverse, sans laquelle il ne peut exister ni délit ni crime [1]. »

Ce n'est donc que lorsque la maladie n'offre que des signes incertains et paraît faiblement caractérisée, que les premiers juges doivent en laisser l'appréciation aux tribunaux correctionnels et aux Cours d'assises. Une question qui a quelque intérêt peut alors s'élever aux débats : c'est de savoir si l'exception de la démence peut être posée au jury. La Cour de cassation s'est toujours prononcée pour la négative [2], et ses motifs sont : « que les faits d'excuse laissent subsister le délit, et en modifient seulement le caractère et la peine, tandis que la démence, au contraire, anéantit la culpabilité et par conséquent tout délit ; d'où il suit qu'en posant la question de savoir si l'accusé est coupable, on demande nécessairement au jury si cet accusé était sain d'esprit, et si sa volonté était libre et indépendante au moment de l'action. » Ce raisonnement est rigoureusement exact. La démence, nous l'avons déjà dit, n'est point un fait d'excuse, mais un fait exclusif de la volonté et conséquemment de la culpabilité; elle se trouve donc implicitement comprise dans la question principale. Cependant M. Legraverend a pensé qu'il serait préférable de poser une question spéciale sur la démence, lorsqu'elle est formellement requise [3], et nous sommes parfaitement de son avis. D'abord le texte de la loi ne s'oppose nullement à cette position, puisque par excuse elle entend en général toutes les circonstances qui peuvent modifier la criminalité de l'agent, soit qu'elles ne tendent qu'à l'atténuer, soit qu'elles l'effacent complétement. Or, il

1. Cass., 9 déc. 1814, S.15.1.284.

2. Cass., 11 mars 1813, S.17.1.92 ; 26 oct. 1815, S.17.1.17 ; 9 sept. 1825, Bull. n. 181 ; 9 juin 1831, Jour. du dr. crim., 1831, p. 312 ; 1er mars 1855, Bull. n. 71.

3. Chap. 12, § 1er, *in fine*.

importe que les jurés ne puissent concevoir aucun doute sur la portée de leur réponse ; si l'on rejette une question sur la démence, ils peuvent penser qu'ils n'ont point à s'occuper de cette question ; la clarté doit surabonder dans la position des faits ; toute réticence qui tend à voiler la difficulté ou qui peut avoir cet effet est une faute grave. Ensuite, il importe à l'ordre public que des mesures de police puissent être prises à l'égard des accusés qui sont acquittés pour cause de folie ; or, le seul moyen de connaître la cause de l'acquittement est de poser une question spéciale.

Cependant si le jury, tout en déclarant l'accusé *coupable*, avait ajouté *qu'il était en démence*, l'acquittement devrait suivre une telle déclaration, bien qu'elle soit en apparence contradictoire : « Il est évident, en effet (et nous empruntons les termes d'un arrêt qui a statué dans ce sens), que, loin d'avoir voulu exprimer qu'il reconnaissait dans l'accusé une culpabilité légale, le jury n'a voulu déclarer d'autre chose sinon qu'il était matériellement établi que l'accusé était l'auteur de l'action qui avait donné lieu aux poursuites ; mais qu'il n'y avait apporté que la volonté *d'un homme en démence*, volonté *quasi animale*, qui, d'après le vœu de l'art. 64, et d'après les plus simples lumières de la raison, est évidemment hors de toute culpabilité légale[1]. »

365. Lorsque la démence n'est survenue que depuis l'action, il faut distinguer si elle s'est manifestée avant l'instruction, dans le cours de cette instruction, ou après la condamnation.

On a vu que l'art. 64 ne donne à la démence la puissance de justifier l'agent, qu'autant qu'elle est concomitante au fait, qu'elle a existé au temps même de l'action. Cependant on doit suspendre la poursuite, alors même qu'elle est postérieure au crime ; car comment placer en face de la justice un homme atteint de folie ? Comment une condamnation pourrait-elle atteindre cet homme qui n'aurait pu se défendre, et qui ne la comprendrait pas ? Quel serait l'effet moral et le but d'un tel

1. Cass., 4 janv. 1817, J. P., t. 14, p. 6 ; 29 août 1829, J. P., t. 22, p. 1433.

jugement ? On doit supposer que l'aliénation, quoiqu'elle ne se soit révélée par des signes extérieurs que postérieurement au crime, existait déjà à l'époque de sa perpétration et a pu le déterminer ; ainsi expliqué, le texte de l'art. 64 peut se concilier avec l'humanité. Cette opinion ne fait, du reste, que reproduire celle des anciens criminalistes ; ils professaient même que, dans ce cas, le prévenu ne pouvait être condamné à une peine pécuniaire, parce que nulle peine ne peut être infligée à un prévenu qui ne peut se défendre [1]. Les lois d'Angleterre et de la Louisiane ont positivement écrit la même restriction [2].

Mais, si la démence n'est que temporaire, les poursuites peuvent-elles être reprises ? On sent que la solution repose tout entière dans le fait. Si la guérison est parfaite, nul doute que l'instruction ne doive être poursuivie ; car l'impossibilité résultant de la maladie était son seul obstacle ; mais s'il s'agit seulement d'un intervalle lucide, cette intermittence de l'aliénation ne justifierait pas la mise en jugement ; car la justice serait exposée à ce qu'au milieu des débats l'accusé fût saisi d'un accès de manie, et il serait d'ailleurs difficile de connaître jusqu'à quel point cet accusé aurait la plénitude de son esprit et par conséquent la liberté de la défense [3].

Si la démence est postérieure à l'instruction écrite, et ne se manifeste qu'au moment de l'ouverture de débats, l'accusé ne doit pas néanmoins y être soumis ; quelle que soit l'époque de la démence, les motifs sont les mêmes pour le soustraire au jugement. Il nous paraît que, dans ce cas, on doit examiner si l'aliénation n'est qu'un accès momentané, ou semble de nature à persister. Dans la première hypothèse, le président des assises doit renvoyer l'affaire à la session suivante. Dans le cas contraire, il doit faire délibérer la Cour

1. Julius Clarus, quæst. 60, n. 7 ; Farinacius, quæst. 94, n. 22 ; Jousse, t. 2, p. 621 ; Muyart de Vouglans, p. 28.

2. Stephen's Summary, p. 6. — Code of crimes and punishments, art. 34.

3. Tiraqueau, causa 3, n. 1 ; Farinacius, quæst. 94, n. 16.

d'assises sur la question de savoir s'il y a lieu de suspendre le jugement jusqu'à ce que la démence ait cessé.

Une question de compétence peut s'élever au sujet de l'appréciation de la démence au moment des débats. La Cour de cassation a jugé que si la démence de l'accusé au temps de l'action est de la compétence du jury, c'est qu'elle constitue alors une circonstance qui tient au fait de l'accusation ; mais qu'il en est autrement lorsqu'il s'agit de savoir si l'accusé se trouve en démence au temps du jugement ; que ce fait est étranger au crime, et que dès lors il n'appartient qu'à la Cour d'assises de le juger [1]. Cette distinction nous paraît fondée. Mais il est évident que si l'exception posée *in limine litis* est rejetée par la Cour, cette décision ne fait point obstacle à ce que le jury s'y arrête dans l'examen de la culpabilité.

Si la démence ne se manifeste que pendant l'instance du pourvoi en cassation contre l'arrêt qui a condamné l'accusé, comment doit-il être statué ? Dans deux espèces où cet incident s'est produit, la Cour de cassation a statué dans les termes suivants : « attendu qu'il résulte d'un rapport dressé en conformité de l'art. 8 de la loi du 30 juin 1838, que le demandeur est maintenant en état de démence ; que, tant que cet état subsiste, il y a pour lui impossibilité de produire sa défense devant la Cour avec toute la latitude que la loi lui accorde, notamment dans les art. 422, 423 et suivants du Code d'instruction criminelle, et d'exercer la faculté soit de s'inscrire en faux contre les actes authentiques de la procédure, soit de se désister de son pourvoi ; que, dans le silence de la loi sur les effets du recours en cassation formé par un aliéné dans un intervalle lucide, ou par un individu atteint, postérieurement à ce recours, d'aliénation mentale, il appartient à la Cour de prendre les mesures nécessaires à la conservation des droits de la défense et à l'intérêt général de la justice ; la Cour sursoit à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce qu'il soit fait apport à son greffe de nouveaux documents conformes aux dispositions de la loi du 30 juin 1838, et de

1. Cass., 15 fév. 1816, cité par Bourguignon, t. 3, p. 74.

nature à constater les changements qui pourront survenir dans l'état mental du demandeur [1] »

Les anciens jurisconsultes enseignaient que si la folie n'éclatait qu'après l'établissement des preuves, *post completum processum*, les juges avaient la faculté de prononcer contre l'accusé les peines pécuniaires [2]; en effet, la culpabilité étant démontrée, la démence ne pouvait soustraire l'accusé qu'aux peines corporelles. Cette décision, qui pouvait être utile à une époque où toute l'instruction était écrite, ne saurait avoir une application actuelle, puisque l'instruction orale, où se puisent tous les éléments du jugement, ne se termine qu'au moment même de ce jugement, et il paraît difficile de supposer que la folie se produise précisément dans l'intervalle étroit qui sépare les débats du jugement. Mais, même dans cette hypothèse, s'il s'agit de condamnations civiles, on sait que les tribunaux criminels ne peuvent les prononcer qu'accessoirement aux jugements d'acquittement ou de condamnation ; et quant aux amendes, elles constituent de véritables peines. Or, si le but de la peine, qu'elle soit corporelle ou pécuniaire, est l'expiation du délit, ce but serait-il atteint vis-à-vis d'un homme en démence ?

366. Enfin, l'aliénation mentale peut ne se manifester qu'après la condamnation. Quel doit être son effet sur l'exécution des peines ? Ici, l'on doit distinguer les peines corporelles et les peines pécuniaires. Il est évident que l'exécution des premières doit être suspendue; il serait inhumain, il serait absurde de faire monter un insensé sur l'échafaud, ou de lui faire porter des fers. *Differtur exsequutio*, disaient les jurisconsultes, *usque ad supervenientiam sanæ mentis* [3]. Toutefois Rousseaud de La Combe a contesté ce sursis ; il veut que le condamné à mort tombé en démence soit exécuté, « l'exécution des peines, dit-il, ayant l'exemple pour principal

1. Cass., 25 janv. 1839, J. P. à sa date ; 23 déc. 1859, Bull. n. 287.
2. Julius Clarus, quæst. 60 ; Farin., quæst. 94, n. 18.
3. Julius Clarus, quæst. 60, n. 8 ; Farinacius, quæst. 94, n. 13 ; Baldus, n l. human., § 46, C. de impub.; Tiraqueau, causa 3, n. 1er.

objet [1]. » Mais l'exemple ou l'intimidation est l'un des effets légitimes de la peine, et non son objet principal ; et puis, dans ce système même, la terreur de la peine serait-elle donc le seul effet moral d'une telle exécution ? Ne s'y mêlerait-il pas quelque pitié pour la victime, quelque indignation d'un tel spectacle ? La conscience publique ne se révolterait-elle pas de cette peine subie par un être qui n'a plus la conscience de l'avoir méritée ? Muyart de Vouglans modifie cette opinion en limitant l'exécution des condamnés en démence à ceux seulement qui ont commis des crimes de lèse-majesté, *à cause de l'exemple* [2]. Ces opinions et ces distinctions respirent entièrement l'esprit de l'ancienne jurisprudence.

Suffirait-il que le condamné fût dans un intervalle lucide pour que l'exécution pût avoir lieu ? Les criminalistes n'hésitent pas à prononcer affirmativement [3]. Cette opinion peut être rigoureusement soutenue. Toutefois la justice doit-elle courir l'horrible chance d'exécuter un maniaque ? Est-il de sa dignité d'épier la lueur d'une raison vacillante pour préparer son glaive ? Il semble qu'une guérison complète peut seule restituer le condamné à la peine qu'il doit subir.

A l'égard des peines pécuniaires, nul doute ne semble pouvoir s'élever : du moment où la condamnation à l'amende est devenue définitive, il y a droit acquis pour l'Etat ; c'est une dette qui frappe les biens du condamné ; sa démence postérieure ne peut pas mettre à l'exécution plus d'obstacle que si cette dette avait sa source dans toute obligation pécuniaire. Ce principe avait déjà été posé dans notre chapitre 8. (Voy. n° 131.)

367. On a demandé si la prescription doit courir pendant la suspension des poursuites occasionnées par la démence de l'accusé. En thèse générale, la prescription ne court pas contre celui qui ne peut pas agir : *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Or, nous avons vu que le ministère public

1. Traité des mat. crim., p. 39. M. Carnot a attribué par erreur cette opinion à Muyart de Vouglans.

2. Lois crim., p. 28.

3. Farinacius et Baldus, loc. cit.; Carnot, t. 1er, p. 205.

ne peut pas agir contre un prévenu qui est en état de démence. Mais cette règle n'a jamais été appliquée en matière criminelle; elle ne forme d'ailleurs qu'une exception à une règle plus générale encore : c'est que, comme le dit l'art. 2251 du Code civil, *la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi.* Or, l'art. 637 du Code d'instruction criminelle n'est modifié par aucune exception, et l'on ne peut mettre à la généralité de sa disposition des limites que son texte repousse; il faut donc admettre que la prescription court contre le ministère public pendant tout le temps qu'il est placé, par une cause extraordinaire qui lui est étrangère ainsi qu'à la loi, dans l'impuissance de poursuivre le coupable. On sent, au reste, combien cette solution se justifie aisément. Quel est le motif principal qui a dicté l'art. 637 ? C'est que, pendant les dix années qui s'écoulent après le dernier acte d'instruction, les preuves de l'innocence du prévenu peuvent dépérir, et qu'il serait injuste de le condamner sur les indices qui resteraient de sa culpabilité, tandis qu'il ne resterait rien pour sa justification. Ce motif est-il moins applicable au cas où le ministère public a été dans l'impuissance de poursuivre le prévenu, qu'à celui où ses poursuites ont toujours été libres, et où l'on ne peut en imputer la discontinuation qu'à sa négligence ou à un défaut de renseignements ? Évidemment non. Donc, dans le premier cas comme dans le deuxième, la prescription doit courir en faveur du prévenu, et l'interruption des poursuites pendant dix années consécutives doit éteindre l'action publique. C'est, au surplus, dans ce sens que la question a été jugée par un arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1813 [1]. M. Legraverend, qui paraît avoir ignoré cet arrêt, avait également proposé la même décision [2].

Cependant un nouvel arrêt est intervenu qui a tranché la question dans un sens opposé. Il est vrai que dans l'espèce de cet arrêt, la poursuite, suspendue par l'état de démence de

1. Rapp. par M. Merlin, Rép., v° Prescription, sect. 3, § 7, n. *bis*. — V. le réquisitoire de ce magistrat, eod. loc.

2. Législ. crim., ch. 13, § 2.

l'accusé, n'avait jamais cessé, ce qui n'avait pas eu lieu dans l'espèce de l'arrêt du 22 avril 1813 ; l'accusé avait continué d'être détenu sous le coup de l'arrêt de renvoi et de l'ordonnance de prise de corps. Mais l'arrêt se fonde en outre sur ce motif : « que l'impossibilité où se trouve le ministère public d'agir dans de telles circonstances résulte du principe de droit consacré par la doctrine et par la jurisprudence : *contrà non valentem agere non currit præscriptio ;* qu'on ne concevrait pas, en effet, que le ministère public se trouvant, par un fait indépendant de sa volonté, dans l'impossibilité d'agir, on pût se prévaloir de son inaction pour faire prononcer la déchéance de l'action publique dont l'exercice lui est confié[1]. » Nous persistons à croire que cette doctrine n'est pas fondée.

368. En thèse générale, ainsi qu'on vient de le dire, la prescription court contre toutes les personnes, aux termes de l'article 2251, C. civ., à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi. Cette exception est établie, en matière civile, en faveur des mineurs, des interdits et, dans les cas définis par la loi, des femmes mariées : c'est l'application de la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* La loi criminelle a pris la règle et n'a point admis l'exception. Les art. 637 et 638 du C. d'inst. crim. déclarent que « l'action publique et l'action civile résultant (d'un délit ou) d'un crime se prescrivent après (trois ou) dix années révolues, à compter du jour où (le délit ou) le crime aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite ». Telle est la règle générale : la loi l'a-t-elle fait suivre, comme en matière civile, de quelques restrictions relatives aux personnes qui peuvent agir ? Nullement. A-t-elle du moins exprimé à côté du principe, comme l'a fait l'art. 2251, la réserve de « quelque exception établie par la loi ? » Elle n'en a fait aucune, et par conséquent, comme l'a dit M. Merlin, « dès que l'art. 637 n'est modifié par aucune exception, nous sommes forcés de le prendre dans sa plus grande généralité ; il ne nous appartient pas de mettre à la généralité de sa disposition des limites qu'il n'a

1. Cass., 8 juill, 1858, Bull. n. 192.

pas jugé à propos d'y mettre lui-même[1]. » Cette différence entre la loi civile et la loi criminelle s'explique facilement. La prescription en matière civile est fondée à la fois sur un fait de possession et sur une présomption de renonciation; elle suppose le défaut ou l'abandon d'un droit. « Elle n'est pas, dit M. Troplong, l'ouvrage de la seule puissance du temps; elle prend sa base dans le fait de l'homme, dans la possession de celui qui acquiert et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété[2]. » De là les exceptions admises en faveur de ceux qui n'ont pas l'exercice de leur droit. En matière criminelle, la prescription est fondée sur d'autres motifs; elle ne prend point sa base dans le fait de l'homme, elle est l'œuvre du temps. Il importe peu que la personne qui peut exercer l'action y renonce ou soit présumée y renoncer; c'est parce qu'un long temps s'est écoulé depuis la perpétration des faits incriminés que la société qui inflige les peines comme on l'a vu, non à titre d'expiation, mais pour conserver l'ordre nécessaire à la vie sociale et pour prévenir le retour des mêmes actes, n'a aucun intérêt à punir les désordres dont les années ont effacé le souvenir et les traces; c'est surtout parce que les preuves se sont affaiblies ou ont été détruites, et que la justice n'a plus les mêmes moyens de reconnaître la vérité[3]. Donc, c'est le temps, le temps seul qui est le fondement de cette prescription; c'est le temps qui ôte à la poursuite son utilité, qui atténue la culpabilité de l'agent, qui détruit les justifications de la défense et les charges de l'instruction. Comment supposer ici, en effet, que celui qui exerce l'action y a renoncé? Est-ce que le ministère public peut disposer d'une action qui appartient à la société? Est-ce que la partie civile, lorsque le silence de l'action publique enchaîne son action, peut être présumée y avoir volontairement renoncé? Or, ce motif unique d'un certain laps de temps écoulé sans poursuites ne s'applique-t-il pas avec la même force à tous les cas, quels qu'ils soient, où

1. Rép., v° Prescription, sect. 3, § 7, art. 4, n. 5 *bis*.
2. De la Prescription, t. 1er, p. 4.
3. V. notre Traité de l'instr. cr., t. 2, n. 1046, 2e éd

l'action publique est demeurée inactive? Qu'importe que cette inaction ait pour cause la négligence ou le manque de renseignements du ministère public, ou qu'elle ait pour cause un fait quelconque qui le mette dans l'impossibité d'agir. Est-ce que, dans l'un et l'autre cas, le même laps de temps ne produit pas les mêmes effets? Est-ce que la reprise des poursuites n'est pas également inutile au point de vue de l'intérêt social? Est-ce qu'il n'emporte pas le même dépérissement des preuves? La jurisprudence a admis quelques restrictions au point de départ de la prescription, en matière de désertion, de poursuites contre les agents du gouvernement, de double poursuite contre le même prévenu et de poursuite pour dénonciation calomnieuse; ce point de départ a été également modifié, lorsqu'une question préjudicielle qui s'élève dans le cours d'une instruction est renvoyée à l'examen et au jugement de la juridiction civile. Mais, en dehors de ces hypothèses où la suspension de la prescription tient à des causes spéciales que nous avons expliquées dans un autre lieu [1], la maxime *contrà non valentem* n'a pas d'application nécessaire; elle est contraire aux principes de la prescription criminelle, elle est contraire aux termes précis de la loi.

369. Il nous reste à examiner un point important de la législation. La loi a une double mission a remplir à l'égard des aliénés : si elle doit les dispenser d'un châtiment qu'il serait barbare de leur appliquer, puisqu'ils n'en comprendraient ni la raison ni les effets, elle doit, d'un autre côté, protéger la société contre leurs atteintes, et ce pouvoir de protection doit se manifester au moment même où la justice pénale proclame son incompétence; car il est à craindre que les juges, mus par l'idée des excès auxquels l'accusé rendu à la liberté pourrait se porter, ne lui appliquent comme mesure de sûreté une peine évidemment injüste, s'ils reconnaissent son état de maladie et son innocence. L'intérêt même de l'accusé appelle donc ces précautions.

La loi romaine, après avoir posé le principe : *Furiosus furore ipso punitur*, ajoutait : *diligentius eum custodiendum*

1. Revue de législation, 1858, p. 505.

esse aut etiam vinculis coercendum [1]; et le principe est expliqué dans une autre loi : *Furiosis, si non possunt per necessarios contineri, eo remedio per præsidem obviam eundum est, scilicet ut carcere contineantur* [2]. L'ancienne jurisprudence se conformait à cette règle : « Quoique l'accusé qui est furieux, dit Jousse, ne doive point être puni, il ne doit pas pour cela être relâché ; il faut le garder avec soin, et à cet effet le donner en garde à ses parents pour le tenir enfermé, afin qu'il ne soit plus dans le cas de faire du mal à l'avenir ; et si les parents ne sont pas en état de le garder, il doit être enfermé dans une prison [3]. » En Russie et en Autriche, le sort de l'aliéné est à la discrétion de la police ; en Angleterre, la Cour peut ordonner qu'il restera en prison jusqu'à ce que le bon plaisir du roi soit connu [4].

Ces diverses législations attestent un fait incontestable, la nécessité d'une mesure de précaution vis-à-vis d'un furieux acquitté pour démence ; mais si elles fournissent les moyens de protéger la société contre les écarts des maniaques, ces moyens, livrés au caprice de l'administration, sont dénués des garanties que réclame la liberté individuelle. La société doit être préservée des frénétiques accès de la folie, mais les mesures de précaution doivent être proportionnées au péril, c'est-à-dire à l'intensité et à la durée de la maladie. Ce n'est pas une peine sous une autre dénomination qu'il s'agit d'infliger aux acquittés accusés pour démence ; c'est une sorte de détention préventive qui les mette hors d'état de nuire ; c'est surtout un traitement qui les ramène à la jouissance de toute leur raison.

370. Interrogeons maintenant la législation ; elle est fort brève, et se compose uniquement de deux dispositions. La loi des 17-24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, confie

1. L. 9, § ult., Dig. ad leg. Pomp. de pœnis.

2. L. 13, Dig. de off. præs.

3. Traité de la just. crim., t. 2, p. 622 ; Rousseaud de La Combe, p. 89 Farinacius, loc. cit., n. 25.

4. « The court may ordain him to be kept in custody till his majesty's pleasure be known. » Stephen's Summary, p. 4.

à la vigilance et à l'autorité des corps municipaux « le soin d'obvier ou de remédier aux événements fâcheux qui pourraient être occasionnés par les insensés ou les furieux laissés en liberté (tit. 11, art. 3, § 6). » Ensuite l'art. 475, n° 7, C. pén., punit d'une amende de 6 à 10 fr. « ceux qui auraient laissé divaguer des fous ou des furieux étant sous leur garde [1]. » Ces dispositions sont évidemment insuffisantes. D'une part, l'article 475 du Code, qui semble n'avoir eu pour but que d'assurer l'ancien usage qui laissait les fous à la garde de leurs parents, ne s'applique qu'à la divagation des individus laissés *en garde*. La loi des 16-24 août 1790, d'un autre côté, n'accorde que dans les termes les plus vagues aux corps municipaux le pouvoir de *remédier aux événements fâcheux occasionnés par les insensés ou les furieux*. Cette insuffisance de la législation a eu un triste effet : la nécessité en a élargi les termes. On a vu dans la loi des 16-24 août 1790 un droit de détention général, illimité, à l'égard des individus atteints de démence. Ce droit que la loi n'accordait du moins qu'aux corps municipaux, l'usage l'a transporté d'abord aux maires, ensuite aux préfets. C'est par un ordre administratif, où la folie était alléguée, sans qu'il fût même besoin de la prouver, qu'un homme, avant la loi du 30 juin 1838, pouvait être détenu, sans qu'il pût apercevoir le terme de sa détention.

Il serait inutile de nous arrêter à prouver l'illégalité de ces mesures. Comment supposer que les vagues expressions que nous avons citées aient pu attribuer à l'administration le pouvoir énorme de prolonger indéfiniment, sur de simples renseignements, sans débats ni contradiction, l'emprisonnement d'un homme dont la démence est peut être même problématique ? Un tel pouvoir serait repoussé par toute la législation ; la nécessité seule de pourvoir au besoin social peut excuser un tel empiétement. Mais, du reste, cette voie illégale trouve elle-même des obstacles ; car rien ne s'op-

1. Un décret de la Convention du 23 nov. 1792 charge le ministre de la justice de faire dresser des états de toutes les personnes détenues pour démence. Il ne paraît pas que ce décret ait eu de suite.

pose à ce que, suivant les cas, la famille ou le procureur de la République formalise une demande en interdiction ; et si cette demande est rejetée, force est de remettre le détenu en liberté. C'est ainsi qu'on a vu un individu acquitté parce qu'il était en démence, et détenu ensuite par un ordre administratif, être rendu à la liberté sur le jugement civil qui déclarait n'y avoir lieu de prononcer l'interdiction.

Nous ne nous occupons ici que des accusés dont la folie a motivé l'acquittement. Il nous semble que, dans ce cas, il appartiendrait naturellement aux juges, qui ont pu apprécier dans les débats l'état moral de l'accusé, de le soumettre, tout en l'acquittant, à une détention plus ou moins sévère. L'art. 66 permet la même mesure de précaution à l'égard des mineurs de 16 ans, et il faut reconnaître qu'il existe entre les mineurs et les insensés une grande analogie. Par ce moyen, la justice craindrait moins de proclamer la démence ; les questions de folie seraient plus impartialement jugées, et la conscience publique serait rassurée en voyant que l'auteur de l'attentat, qu'il soit coupable ou malade, ne menacera plus sa sûreté.

Mais cette détention devrait trouver des limites naturelles dans le terme de la maladie ; c'est le dérangement intellectuel de l'accusé qui la motiverait, elle devrait cesser avec sa cause. La plus grande difficulté serait, à la vérité, de constater ce terme de la maladie. Il faut concilier ici l'intérêt social et celui de la liberté individuelle. Mais il nous semble que la question devrait être portée, à la requête de l'accusé, devant les mêmes juges qui ont prononcé sa détention. Ce serait à lui de justifier, par les témoignages des médecins, par toutes les preuves possibles, qu'il a recouvré l'exercice de son intelligence ; et la Cour, éclairée par un débat contradictoire avec le ministère public, statuerait. Telles sont les mesures que l'intérêt de la société, aussi bien que celui de l'humanité paraît réclamer.

Nous ne terminerons pas ce chapitre sans émettre un autre vœu d'humanité et de justice, c'est que les accusés atteints de démence cessent d'être entassés dans les prisons avec les autres accusés, dont ils deviennent le jouet. Ce sont des malades

qu'il faut soigner, ce sont des maisons de santé spéciales qu'il faut instituer. Il existe là une plaie sociale, plaie mal connue et trop négligée. La réforme des prisons ne serait pas complète, si un hospice pour les prisonniers malades ou en démence ne s'élevait à côté de chaque prison. Si la maladie est la seule cause du crime, la société serait coupable si elle n'en hâtait pas de tous ses moyens la guérison.

371. Les idées qui viennent d'être exprimées ont motivé la loi du 30 juin 1838 : cette loi, que M. Vivien appelait une loi de bienfaisance et de charité publique, est venue remplir une regrettable lacune de notre législation. Jusque-là, on n'avait songé qu'aux dangers dont l'insensé furieux pouvait menacer la sûreté publique, on ne s'était point occupé de la protection qui est due au malheur dans la personne de l'aliéné et des conditions nécessaires à son traitement. C'est là ce qu'a tenté de faire la loi du 30 juin 1838 : chaque département est tenu d'avoir un établissement public destiné à recevoir et soigner les aliénés ; les établissements privés institués dans le même but sont soumis à une surveillance active de l'autorité publique ; c'est dans les hospices que sont provisoirement placées les personnes atteintes d'aliénation : dans aucun cas, elles ne peuvent être déposées dans une prison. Des mesures de précaution, des visites et des moyens de réclamations sont organisés, dans l'intérêt de la liberté individuelle, pour venir en aide aux personnes qui sont détenues, sans une cause légitime et suffisante, dans un établissement d'aliénés ; des dispositions sont prises pour protéger dans tous les cas les intérêts des malades. Cette loi, inspirée par une pensée d'humanité, a été confiée à la sollicitude des magistrats, à la surveillance spéciale du ministère public [1].

1. * * Un nouveau projet de loi sur les aliénés est actuellement soumis aux Chambres.

CHAPITRE XV.

DE LA CONTRAINTE.

(Suite du Commentaire de l'art. 64 du Code pénal).

372. Deuxième cause de justification : contrainte exercée sur l'agent.
373. La contrainte morale est une cause de justification aussi bien que la contrainte physique.
374. Quels doivent être les caractères de cette contrainte ?
375. Nécessité d'apprécier la contrainte d'après les individus sur lesquels elle est exercée.
376. Il faut, dans tous les cas, qu'elle soit le résultat d'une cause extérieure.
377. L'ordre donné par un supérieur constitue-t-il un cas de contrainte pour l'agent ?
378. Examen de la doctrine de l'obéissance passive dans les rangs de l'armée.
379. Examen de la même doctrine dans l'ordre civil.
380. Quels doivent être les effets de la crainte révérentielle des enfants envers leur père, ou de la femme envers son mari ?
381. Quels doivent être les effets de l'autorité du maître sur ses domestiques ?
382. Est-il nécessaire de poser une question sur le fait de la contrainte ?

---

372. La contrainte est une cause de justification [1], lorsque, suivant les termes de l'art. 64, le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister.

La loi n'a fait aucune distinction entre la contrainte *physique* et la contrainte *morale*; on doit en conclure que l'une et l'autre se trouvent comprises dans sa disposition.

La contrainte physique ne peut soulever des difficultés bien sérieuses. Elle consiste, suivant la définition de Puffendorf, en ce que, « malgré la résistance d'une personne, ses membres sont employés à faire ou à souffrir quelque chose [2]. » Il

1. * * V. *suprà*, p. 498, n. 1.
2. Droit de la nature et des gens, t. 1er, p. 83.

est évident que l'acte commis dans cette situation passive n'est point un acte imputable, puisqu'il est involontaire. L'auteur immédiat n'est qu'un instrument matériel; le seul coupable est l'auteur de la violence.

Cette contrainte matérielle ne s'est produite qu'accidentellement. Les auteurs d'un crime consentent rarement à se créer un témoin qui, affranchi de la crainte d'une peine, peut devenir un accusateur. Rarement aussi ils ont besoin d'un complice qui ne leur prête qu'une assistance forcée, et n'est entre leurs mains qu'un instrument inerte. La contrainte *morale* se rencontre plus souvent, et les modifications qu'elle introduit dans la criminalité, plus variées dans leurs effets, sont aussi plus difficiles à apprécier.

373. La contrainte morale est celle qui résulte soit de la menace d'un mal plus ou moins grave, en cas de refus d'exécuter le crime, soit du commandement d'une personne qui a autorité sur l'agent.

Quelques publicistes avaient nié que cette sorte de contrainte pût être invoquée comme fait justificatif. « Une personne, a dit Barbeyrac, forcée par les menaces de quelque grand mal, sans aucune violence physique et irrésistible, agit avec une espèce de volonté, et concourt en quelque manière à l'action qu'elle exécute. Il n'est pas absolument au-dessus de la fermeté de l'esprit humain de se résoudre à mourir plutôt que de manquer à son devoir. La crainte d'un grand mal, et même de la mort, peut bien diminuer le crime de celui qui commet, quoique malgré soi, une action mauvaise contre les lumières de la conscience ; mais l'action demeure toujours vicieuse en elle-même et digne qu'on se la reproche[1]. »

Cette doctrine, partagée par plusieurs écrivains[2], est rigoureusement exacte. Il est certain que les menaces ne doivent

1. Notes sur Puffendorf, t. 1er, p. 83.

2. Covarruvias, t. 1er, p. 2, c. 3, § 4 ; et Burlamaqui, Principes du droit de la nature et des gens, t. 1er, p. 243. Jousse, t. 1er, p. 626, cite un arrêt du Parlement de Paris, qui condamne Jean Roseau, exécuteur de haute justice, à être pendu *pour homicide*, parce qu'il avait prêté son assistance à l'exécution du président Brisson, par le commandement de Bussi le Clerc, chef des ligueurs.

pas suffire pour déterminer celui auquel elles s'adressent à commettre un crime. Il est certain que nul n'a le droit de nuire à autrui, même dans le but d'éviter un mal quelconque pour soi-même. Mais la loi peut-elle exiger de chaque individu la fermeté de caractère nécessaire pour surmonter la terreur des menaces? Elle se borne à demander les formes, et, pour ainsi dire, l'ombre de la vertu, plutôt que la vertu elle-même: *conatum magis et quasi adumbrationem virtutis quàm virtutem ipsam*[1]. L'homme qui agit, ployé sous la crainte d'une menace, n'est qu'un instrument entre les mains qui le poussent. Vainement voudrait-on discerner dans son action une espèce de volonté. Sa volonté est enchaînée par la terreur; il n'est mû que par l'instinct naturel d'éviter le mal dont il est menacé. Qu'il soit libre de cette pensée, et ses pas qu'il précipite vers le crime s'arrêteront aussitôt. Ce n'est donc pas sa volonté que l'on punirait, c'est sa faiblesse et sa pusillanimité; ce n'est pas le crime, c'est l'instrument qui a servi à le commettre.

C'est donc avec raison que notre Code, suivant l'opinion la plus générale, a placé la contrainte morale au nombre des faits justificatifs[2]. Le même principe se retrouve dans la plupart des législations étrangères. La loi anglaise et les Codes des États-Unis déchargent de toute pénalité l'individu qui n'a agi que sous l'empire des menaces[3]. Le Code pénal d'Autriche ne place la justification que dans une force insurmontable; la crainte ne constitue qu'une circonstance atténuante[4].

1. Cremani, de jur. crim., lib. 1, p. 1, cap. 4 § 4.

2. Puffendorf, loc. cit., t. 1er, p. 82; Farinacius, quæst. 97, n. 11; Julius Clarus, quæst. 60, n. 17; Muyart de Vouglans, p. 31.

3. Stephen's Summary, p. 6; Penal Code of Georgia, first div., sect. 12; Code of crimes and punishments, art. 40.

4. * * Le Code pénal allemand contient sur la contrainte des dispositions assez détaillées. Art. 52: Il n'y a ni crime ni délit lorsque l'agent a été contraint par une violence irrésistible, ou par une menace accompagnée d'un danger actuel pour sa personne ou sa vie, ou pour celle d'un de ses proches, et qu'il n'a pu détourner autrement. Sont considérés comme proches les parents et alliés en ligne descendante et ascendante, les père, mère et enfants adoptifs et nourriciers, les conjoints, les frères et sœurs et leurs conjoints, les fiancés. — Art. 54: Il n'y a ni crime ni délit lorsque

374. Mais toute contrainte morale ne saurait avoir l'effet de justifier le prévenu. Il ne suffit pas, suivant les termes de l'art. 1112 du Code civil, qu'elle soit de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle puisse lui inspirer seulement la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. Il faut, aux termes de la loi pénale, que cette contrainte soit telle qu'il n'ait pas été possible d'y résister. Ces expressions ne sont que la confirmation d'une ancienne règle : « Toutes sortes de craintes et de violences, dit Muyart de Vouglans, ne sont pas capables d'exempter de crimes et de peines ; il faut qu'elles soient justes et fondées sur des causes graves et capables de faire des impressions assez fortes pour que l'homme le plus ferme en fût ébranlé[1]. » C'était aussi là la définition des jurisconsultes romains : *Vani timoris excusatio non est*[2] ; *metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat*[3].

A cet égard, on distingue diverses sortes de menaces. Celles qui s'attaquent à la vie même de l'agent, à ses membres, à sa personne, sont les plus puissantes, les plus capables de faire impression sur son esprit, de contraindre sa volonté. Celles qui, au contraire, ne concernent que ses biens et sa fortune, doivent moins solliciter le sacrifice de ses devoirs et de sa conscience. En général, et à la différence du droit civil, les premières seules sont considérées comme propres à le justifier. *Talem metum probari oportet qui salutis periculum vel cruciatum corporis contineat*[4].

l'agent, en dehors du cas de légitime défense, a commis l'action pour sauver sa personne ou sa vie ou celle d'un des siens d'un péril actuel dont il n'était pas la cause, et qu'il ne pouvait détourner autrement. — Nous préférons le laconisme de la loi française.

1. Lois crim., p. 31.

2. L. 184, Dig. de reg. juris.

3. L. 6, Dig. quod met. causâ. V. aussi l. 9, C. de his qui vi, metu ; l. 13, C, de transact. Carmignani, Teoria, p. 237, t. 2, définit également la contrainte : « Una forza capace di spingere pripotentemente et irresistiblemente la voluntà in una direzione sola. »

4. L. 13, C. de transact. Toutefois la loi 49, Dig. ad leg. Aquil., dérogeait

La même restriction s'est reproduite dans la loi anglaise[1] et dans les lois américaines[2].

Cette distinction est évidemment dans l'esprit de notre Code; car la crainte d'une perte purement pécuniaire ne peut être considérée comme une force à laquelle l'agent n'a pu résister. Il n'y a que la crainte de la mort ou d'un mal physique très grave qui puisse subjuguer la volonté et faire violence à la conscience[3]. Si la loi ne doit pas supposer dans le prévenu une héroïque fermeté, elle ne doit pas non plus condescendre à de coupables faiblesses. L'homme qui a consenti à commettre un homicide pour sauver sa fortune doit rester responsable aux yeux de la loi. Sa faute peut être excusée, sa peine atténuée, mais il n'est pas justifié. Il est également nécessaire, pour cette justification, que le péril soit imminent, que le glaive ait plané sur la tête du prévenu. De simples menaces ne seraient pas une excuse suffisante. *Metum non jactationibus tantùm, vel contestationibus, atrocitate facti probari convenit*[4]. Il faut, en effet, que le prévenu, qui prétend avoir succombé à des menaces, prouve que ces menaces étaient de nature à intimider par la possibilité d'une immédiate exécution. Il faut que des circonstances ressortent sa lutte, sa résistance, et la contrainte qui

à cette règle au cas d'incendie : « Justo metu ductus, ne ad se ignis perveniat, vicinas ædes intercedit, existimat legis Aquiliæ cessare actionem. »

1. Threats inducing fear or death or other bodily harm. (Stephen's Summary, p. 5).

2. Threats or menaces which show that his life or member was in danger (Penal Code of Georgia). — That he was threatened with the loss of life or limb (Code of crimes and punishments, art. 40).

3. * * A notre avis, tout dépend de la proportion entre le mal à éviter et le mal à faire, et la question ne saurait être résolue en théorie et d'une façon abstraite. Peut-on *a priori* condamner celui qui, pour éviter un dommage considérable, commettrait un délit léger et réparable ? La Cour de cassation a très justement décidé que le fait d'avoir coupé et enlevé du bois dans une forêt appartenant à autrui est dépourvu de caractère délictueux lorsque son auteur a agi pour obéir aux réquisitions de troupes ennemies et dans la crainte du pillage et de tous les dangers qui pouvaient être la conséquence du refus (Cass., 2 décembre 1871 ; D.71.1.366)

4. L. 9, C. de his qui vi aut metu.

a compromis sa volonté. Les violences qu'il a subies peuvent seules le justifier, « Pour connaître si l'action peut être imputée, dit Burlamaqui, il faut voir si celui envers qui on use de contrainte est dans l'obligation rigoureuse de faire une chose, au hasard de souffrir le mal dont il est menacé [1]. » La plus légère incertitude sur l'effet des menaces pourrait faire peser sur l'agent toute la responsabilité du crime ; la cause de la justification cesserait d'exister. C'est d'après cette pensée que M. Livingston exige, pour qu'il y ait exemption de peine, que le crime ait été commis en présence de la personne qui a employé les violences, et pendant la durée de ces violences [2].

375. L'article 1112 du Code civil porte qu'on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ; et cette règle est applicable à toutes les juridictions. Tous les hommes ne sont pas doués de la même fermeté ; tous ne savent pas résister avec la même énergie aux menaces et aux violences. Il existe des êtres si timides et si faibles, qu'ils se troublent et succombent aux moindres impressions. Une violence légère produit sur eux le même effet que les violences les plus graves sur les âmes courageuses et fortes. C'est aux juges à apprécier ces circonstances, à discerner l'effet probable des mauvais traitements sur le prévenu, à s'assurer s'il a pu résister à l'impulsion étrangère qui l'entraînait, si sa volonté a été contrainte. Les règles morales ne sont point absolues ; les mêmes actions ne peuvent se mesurer au même niveau, La loi pose un principe général ; mais son application, dans l'intérêt d'une stricte justice, doit être soumise à des considérations diverses. Le législateur ne peut prévoir à l'avance les différents caractères de l'excuse ; il suffit qu'il laisse aux juges la faculté de les reconnaître.

S'il résulte des faits que les menaces ou les violences n'étaient pas suffisantes pour ébranler le prévenu ; s'il a cédé à de simples menaces, à la crainte d'un mal léger ou éloigné;

1. Principes du droit de la nature et des gens, t. 1er, p. 243.
2. Code of crimes and punishments, art. 40.

en un mot, si la force à laquelle il a obéi, n'était pas irrésistible, la cause de justification disparaît : il a agi avec une sorte de volonté; son concours n'a pas été entièrement indépendant de lui-même, il en est responsable : « *Qui delinquit non coactus absolutè*, dit Farinacius, *sed conditionaliter punitur aliquâ pœnâ extraordinariâ*, *quia vult delinquere*, *et sic aliquo modo concurrit voluntas licèt coacta*[1]. » Mais il est juste cependant de lui tenir compte de la contrainte partielle qu'il a éprouvée; il a cédé trop facilement à une impulsion extérieure, il n'a pas su repousser les suggestions du crime; mais sa volonté n'était pas entièrement libre ; son assistance n'a été prêtée qu'après une certaine résistance. Il a suivi la pensée du crime, et ne l'a pas imposée. Les circonstances sont atténuantes, la peine doit être diminuée.

376. Il est inutile d'ajouter que la contrainte ne pourrait produire d'excuse légale qu'autant qu'elle résulterait d'une impulsion étrangère, d'une cause extérieure. C'est évidemment dans ce sens que l'art. 64 doit être entendu, et telle est aussi la définition que tous les criminalistes ont attachée à l'expression de contrainte. Ainsi, le prévenu qui aurait agi sous l'impulsion de la passion ou de la colère ne pourrait prétendre avoir commis l'action sous l'impulsion d'une force irrésistible. C'est à la contrainte physique ou morale exercée par un tiers que se rapporte l'exception légale ; la loi n'aurait pu proclamer irrésistible l'emportement d'une passion.

Cependant quelques criminalistes ont prétendu qu'un individu qui, poussé par la faim, dérobait des aliments, pouvait invoquer l'art. 64[2]. D'anciens auteurs avaient étendu la même excuse au vol de vêtements effectué pour voiler la nudité du coupable. On allègue à l'appui de ces décisions la maxime : *Necessitas non habet legem ; quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum.* Cette doctrine nous semblerait périlleuse à suivre. La faim et la misère sont assurément des circonstances atténuantes des délits. On doit présumer que le prévenu ne se serait pas livré au crime, s'il n'avait été aiguil-

1. Quæst. 97, n. 24.
2. M. Bourgnon de Layre, Essai sur le Code pénal p. 79.

lonné par la nécessité. L'atténuation devient plus légitime encore, si le délit avait précisément pour objet de satisfaire le besoin éprouvé. Mais il serait aussi immoral que dangereux de proclamer dans ce cas la justification complète de l'agent, car ce serait reconnaître que les règles de la justice morale ont leurs limites et leurs exceptions ; ce serait avouer une excuse que tous les coupables invoqueraient, sans qu'il fût le plus souvent possible de la contester. Au fond la question a peu d'intérêt, car il est improbable que, dans l'état de nos mœurs et de notre civilisation, un homme soit placé dans l'alternative absolue de commettre un crime ou de mourir de faim ; et, si cette triste hypothèse se réalisait, sans doute les jurés ne porteraient pas contre cet homme un verdict de culpabilité. Mais cette circonstance rentre dans l'appréciation du fait, et ne doit pas former à l'avance l'objet d'une excuse légale ; telle était aussi l'opinion de Tiraqueau : « *Si quis necessitate compulsus, eâ tamen non extremâ, quisquam furatus fuerit, non omnino excusatur, mitiùs puniendus sit*[1]. » Il est certain, au surplus, que l'article 64 ne reconnait, ni dans la misère, ni dans la faim, la force irrésistible qui peut justifier un crime. Ainsi que nous l'avons établi, cette force majeure doit provenir d'un fait extérieur, d'une impulsion étrangère à l'agent. Ce principe doit servir à repousser toutes les excuses de ce genre ; elles retombent dans la classe des circonstances atténuantes[2].

377. Nous n'avons parlé jusqu'ici que de la contrainte morale exercée par des menaces ou des violences. Nous devons maintenant examiner les effets de celle qui agit sur un inférieur, par suite de l'ordre ou du commandement du supérieur. Toute la théorie de l'obéissance passive est là.

L'ordre de commettre un crime peut être donné par un commandant aux militaires qui sont sous ses ordres, par un

1. De pœn. temp., caus. 33.

2. La loi anglaise n'admet pas que la faim puisse excuser même le vol : « Are not excused for larcenies committed from want. » La loi autrichienne considère comme une circonstance atténuante le fait d'avoir été poussé au délit par une misère accablante.

fonctionnaire à ses subordonnés, par un père à ses enfants, par un mari à sa femme, enfin par un maître à ses domestiques. Parcourons ces diverses hypothèses, en cherchant dans chacune d'elles l'effet moral du commandement, le degré de la contrainte, et enfin la limite de l'excuse.

378. C'est surtout en ce qui concerne les militaires que quelques écrivains ont soutenu la doctrine de l'obéissance passive dans les termes les plus absolus ; c'est que cette question peut avoir des conséquences graves et terribles. Les soldats ont été considérés comme des instruments matériels que la voix du commandement, quel qu'il soit, doit trouver toujours dociles ; abdiquant leur conscience et leurs lumières, ils ne doivent, dit-on, juger et voir que par les paroles et les yeux de leurs chefs ; l'ordre qu'ils reçoivent fait leur opinion, leur morale, leur religion. Ce sont des machines humaines que la voix d'un seul homme anime ; leur mission est l'abnégation et l'obéissance.

Enchaînés dans ces liens étroits, il est évident que les militaires sous les armes ne peuvent prendre nulle responsabilité de leurs actions ; aussi les mêmes écrivains les déclarent-ils tout à fait à l'abri de l'imputabilité. Le chef qui a donné l'ordre criminel est seul responsable ; les soldats qui auraient refusé d'y obéir seraient coupables de rébellion [1].

Cette doctrine est trop absolue pour être vraie. L'homme ne peut jamais être réduit à un rôle purement matériel ; sa responsabilité morale est essentielle à son être ; nul ne peut lui imposer le sacrifice de sa conscience. Comment comprendre un devoir qui prescrirait l'exécution d'un crime, une loi qui commanderait de fouler aux pieds les lois ? L'obéissance hiérarchique est l'un des principes fondamentaux de l'ordre social ; mais cette obéissance ne doit être ni aveugle ni passive, elle suppose la légitimité de l'ordre et du commandement, et cette présomption couvre, en général, les actes

1. « Nam et miles, quùm obediens potestati sub quâ legitimè constitutus est, hominem occidit, nullâ civitatis suæ lege reus est homicidii ; immo, nisi fecerit, reus est imperii deserti atque contempti. » St August, de Civ. Dei, lib. 50, cap. 26.

des agents qui l'ont exécuté. Mais la présomption ne doit-elle pas cesser quand l'ordre est ouvertement criminel ? L'officier qui commanderait de faire feu sur une population paisible, d'incendier la maison d'un citoyen inoffensif, devrait-il être obéi ? Et le soldat qui aurait prêté son bras à ces crimes ne serait-il pas coupable de l'incendie et du meurtre[1] ? Dégager l'inférieur de la responsabilité, quand la criminalité de l'action est flagrante, ce serait assurer l'impunité à l'un des coupables, ce serait favoriser la perpétration des crimes en leur fournissant des agents irresponsables.

Ensuite, il n'est pas vrai que les militaires ne soient, même sous les armes, que d'aveugles instruments. Ne sont-ils pas appelés sans cesse à vérifier la légitimité des commandements qu'ils reçoivent ? C'est ainsi qu'ils ne doivent obéir qu'aux chefs sous les ordres desquels ils sont placés ; c'est ainsi qu'ils ne doivent leur obéissance qu'autant que les ordres de ces chefs sont pris dans les limites de leur autorité. Pourquoi seraient-ils tout à coup privés de discernement, quand ces ordres leur prescriraient un acte immoral, une entreprise criminelle ? Et puis l'obéissance passive, telle qu'on l'exige, a-t-elle jamais existé, si ce n'est aux époques de fanatisme ? Est-elle réellement indispensable, si ce n'est au despotisme ? La discipline militaire est fondée sur des devoirs austères, mais sacrés ; ces devoirs, pour être observés, n'ont pas besoin d'être formulés en règles d'esclavage ; le soldat comprend leur importance pour l'intérêt de la patrie, et les respecte ; son obéissance intelligente est la garantie la plus sûre de la société.

Que conclure de ces observations ? Que l'obéissance hiérarchique est un devoir ; que la présomption de légitimité accompagne l'ordre du supérieur ; que les agents qui l'ont exécuté sont, en général, justifiés par cet ordre ; mais que cette cause de justification n'est point absolue, qu'elle cesse lorsque la criminalité de l'ordre est évidente, et que l'agent n'a pu le croire légitime. La responsabilité de l'action pèse alors sur sa tête. Il ne peut invoquer l'impulsion d'une force irrésis-

1. M. Rossi, t. 2, p. 130.

tible, puisque l'ordre ne peut avoir cet effet à son égard qu'autant que l'exécution rentre dans les devoirs ordinaires de l'agent. La contrainte morale n'existe plus à son égard, quand il s'agit d'accomplir un acte ouvertement criminel; car son devoir ne lui fait plus une loi d'obéir.

Les anciens jurisconsultes faisaient, d'après la loi romaine, une distinction entre les crimes atroces et les crimes légers. L'ordre du prince ne justifiait pas l'agent qui avait commis les premiers; mais, à l'égard des autres, cet ordre le protégeait contre toute espèce de châtiments[1]. M. Livingston a reproduit la même distinction dans son Code de la Louisiane : les simples soldats qui, d'après l'ordre d'un officier, ont commis un délit, n'encourent aucune peine; s'ils ont commis un crime, l'ordre cesse d'être pour eux une cause de justification[2]. Cette distinction paraît se fonder sur ce que les agents inférieurs sont moins à même d'apprécier la criminalité de l'ordre, lorsqu'il n'a pour objet qu'un simple délit, dont l'immoralité frappe moins les yeux. Mais le plus ou moins de gravité du fait ne change rien à la question intentionnelle. L'agent a-t-il cru ou non l'ordre légitime ? A-t-il aperçu ou même soupçonné la criminalité de cet ordre ? Toute la question est là : s'il a commis sciemment un délit, il en est responsable; la minimité du fait ne saurait le décharger de la culpabilité relative qui pèse sur lui, elle ne peut que produire en sa faveur une présomption de non-discernement.

379. Les mêmes décisions doivent s'appliquer, et même avec plus de sévérité, aux fonctionnaires de l'ordre civil. Mais la responsabilité qui peut les atteindre se modifie suivant les actes qu'ils ont exécutés.

Le fonctionnaire qui n'a fait qu'exécuter le commandement direct de la loi est à l'abri de toute imputabilité. « Le com-

1. Farinacius, quæst. 97, n. 5 et suiv.; Gomez, de delict, c. 3, de homicid., n. 42.

2. Art. 36. « Private soldiers are not liable to punishment for *misdemeanors* committed by the order of any officer. » Art. 37. « The order of a military superior is no justification or excuse for the commission of a *crime*. »

mandement du législateur, a dit M. Rossi, peut être inique ; cependant il faut un point d'arrêt matériel et sensible dans l'ordre politique. Mettre, pour ainsi dire, la loi en jugement, ce serait uniquement déplacer le pouvoir législatif, et le dépouiller de toutes ses formes tutélaires. Ainsi,désobéir à la loi peut être en certain cas un acte de vertu, mais il ne saurait y avoir d'imputabilité politique pour celui qui l'exécute, quelle qu'elle soit [1]. »

Il en est de même pour celui qui exécute les jugements et les ordres de la justice, pourvu qu'il ait mission légale de procéder à cette exécution. « *Qui jussu judicis*, dit la loi romaine, *aliquid facit, non videtur dolo malo facere, qui parere necesse habet* [2]. » Toutefois, lorsque l'ordre n'est exécutoire qu'après l'accomplissement de certaines formalités, son exécution, sans que ces formes aient été accomplies, serait un fait imputable. C'est ainsi que l'arrestation d'un citoyen sur un simple ordre d'un magistrat, sans que cet ordre ait été revêtu des formes d'un mandat légal, et hors les cas de flagrant délit, est un acte coupable, soit de la part de l'huissier qui y a procédé, soit de la part du concierge qui a reçu le prévenu dans la prison. Quant aux actes qui sont abandonnés au pouvoir des hommes investis de fonctions publiques, l'ordre d'exécuter ces actes lie évidemment leurs subordonnés dans l'ordre hiérarchique, et dès lors ceux-ci n'en sont pas responsables. Cependant, il faut remarquer que la loi ne prescrit aux fonctionnaires inférieurs que l'obéissance hiérarchique, et seulement à l'égard des objets qui sont du ressort de leurs supérieurs. Ils ne sont donc pas dispensés de toute vérification ; ils ne doivent point, sur la foi de l'ordre donné, fermer les yeux et procéder sans examen à l'exécution. Cet ordre ne les oblige qu'autant que celui dont il émane exerce sur eux une autorité directe, qu'autant que cet ordre se rattache à ses fonctions légales, et fait partie de leur exercice. « *Liber homo, si jussu alterius, manu injuriam dedit, actio legis Aquitæ cum eo est qui*

1. Traité du droit pénal, t. 2. 130.
2. L. 167, Dig. de reg. juris.

jussit, si modo jus imperandi habuit : quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit [1]. »

Si le fonctionnaire inférieur a des doutes sur la légitimité de l'acte commandé, quelle doit être sa conduite ? Grotius [2] décide qu'il doit s'abstenir, parce que la désobéissance est un moindre mal que le crime. Barbeyrac [3] critique cette décision : « En général, dit-il, il est dangereux d'établir qu'un simple doute puisse dispenser de l'obéissance d'un supérieur légitime, et il suffit d'accorder cette dispense dans le cas où l'on est pleinement convaincu de l'injustice de la chose commandée. Il est juste que dans le doute la présomption soit en faveur du supérieur. » Cette opinion doit être suivie. Le fonctionnaire supérieur, investi du pouvoir de commander, doit être réputé connaître ses devoirs, et pressé du désir de les accomplir. Il est censé, pour nous servir des expressions de M. Rossi, juge compétent des mesures à prendre, appréciateur légitime des actes à exécuter [4]. La présomption est donc en faveur de l'ordre qu'il donne, la légitimité en doit être présumée.

Cependant la responsabilité doit en général peser d'une manière plus étroite sur les fonctionnaires civils que sur les militaires. D'abord leur désobéissance a des conséquences moins fatales ; ensuite les liens de la discipline administrative sont moins étroits, leurs rapports hiérarchiques moins sévères. Enfin, l'on doit supposer, dans les agents chargés des fonctions civiles, plus de discernement et de lumières, plus de notions sur les limites des diverses attributions administratives. Leur action est isolée, et leur résistance plus facile ; la réflexion leur permet davantage d'apprécier les actes qu'ils sont requis d'exécuter. Il est donc difficile qu'ils ne soient pas, à un certain degré, responsables d'un fait qui présente ouvertement les caractères d'un délit ou d'un crime [5].

1. L. 37, Dig. ad leg. Aquil.
2. Du droit de la guerre et de la paix, t. 1er, p. 183.
3. Eod. loc.
4. Traité de droit pénal, t. 2, p. 129.
5. * * D'après le Code pénal du Mexique (art. 34), l'obéissance à un supérieur légitime n'exclut pas la criminalité lorsqu'il est établi que l'infé-

Mais cette excuse accidentelle ne pourrait motiver une disposition générale. Il est, du reste, évident que le texte de l'art. 64 repousserait une telle excuse ; et tel est aussi le principe que la Cour de cassation a maintenu, en décidant « que l'obéissance qu'un domestique doit à son maître ne peut s'étendre que jusqu'à ce qui blesse les lois et l'ordre public[1]. »

382. Nous avons vu dans le chapitre qui précède, en nous occupant de la démence, que la Cour de cassation déniait aux Cours d'assises la faculté de faire de cette excuse l'objet d'une question spéciale, à part de la question de culpabilité. Cependant la même Cour a jugé, dans une espèce où, nonobstant cette jurisprudence, une question spéciale avait été posée sur l'excuse alléguée par l'accusé qu'il n'avait pu résister à la contrainte exercée sur lui : « qu'en ordonnant la position d'une question tendant à demander aux jurés si l'accusé avait été contraint à commettre le crime par une force à laquelle il n'avait pu résister, la Cour d'assises n'avait violé aucune loi[2]. » Ainsi, en matière de contrainte, la position d'une question, si elle n'est pas nécessaire, est du moins permise, et les Cours d'assises peuvent dès lors se conformer à cette règle toutes les fois que cette question leur paraît utile. Les mêmes raisons de décider se présentent à l'égard de la démence et de la contrainte ; car ces deux excuses ont le même effet, celui de justifier l'accusé. C'est donc pour nous un nouveau motif de croire que toutes ces excuses, qu'elles aient pour effet d'anéantir ou d'atténuer le crime, devraient faire le sujet d'une question spéciale. La position de cette question fixe l'attention des jurés, dégage l'excuse des nuages qui l'enveloppent dans une question générale de culpabilité, et sert puissamment à rendre la déclaration l'expression claire et sincère de l'opinion du jury.

1. Cass., 14 août 1807 et 8 nov, 1811.

2. Cass., 10 janv. 1834, Journ. du dr. crim., 1834, p. 281.

CHAPITRE XVI.

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

(*Commentaire des art. 73 et 74 du Code pénal.*)

383. Définition de la responsabilité civile.
384. Cette matière, accessoire au droit pénal, doit être resserrée dans d'étroites limites.
385. Responsabilité des aubergistes ou hôteliers qui ont logé des malfaiteurs sans les inscrire sur leurs registres (art. 73).
386. Conditions de cette responsabilité spéciale.
387. Principe général de la responsabilité civile (art. 74).
388. Elle ne s'applique qu'aux condamnations civiles ; mais cette règle admet plusieurs exceptions.
389. Responsabilité des pères et mères à l'égard de leurs enfants mineurs.
390. Responsabilité des maîtres et commettants à l'égard de leurs domestiques ou préposés.
391. Responsabilité des instituteurs et artisans à l'égard de leurs élèves ou apprentis.
392. Les maris ne sont pas responsables des délits de leurs femmes.
393. Lois spéciales dérogeant dans plusieurs cas au droit commun sur cette matière.
394. Rapport de la responsabilité civile avec l'action pénale.
395. La responsabilité s'étend aux dépens.
396. L'action en responsabilité passe aux héritiers ; elle est éteinte par la prescription pénale.

---

383. La responsabilité civile, qui fait l'objet des dispositions de la loi pénale, est en général l'obligation qui nous est imposée de répondre du préjudice causé par les crimes et délits des personnes qui sont placées sous notre dépendance. En principe, les fautes sont personnelles ; nul ne doit répondre que de celles qu'il a commises, et qui peuvent lui être imputées. Celui qui n'est ni auteur ni complice du délit qui a causé le dommage ne peut en supporter la responsabilité. La loi qui violerait cette règle fondamentale de l'imputabilité des actions humaines, en faisant peser sur un homme la responsabilité d'une action qui lui est complé-

tement étrangère, serait subversive de toute justice morale [1].

Toutefois, cette règle doit recevoir une limite naturelle en ce qui concerne le fait des personnes qui se trouvent sous notre surveillance; et ce n'est pas même, à proprement parler, une exception, car la responsabilité ne dérive point, dans ce cas, du fait d'autrui, mais bien de notre propre fait, c'est-à-dire de l'infraction du devoir qui nous était imposé. Le délit que commet la personne que nous sommes chargés de surveiller n'aurait point été commis, si notre surveillance eût été assidue ; la responsabilité prend donc sa source dans une cause qui nous est personnelle, dans notre négligence à remplir une obligation.

384. Cette matière n'appartient que par accession au droit pénal ; les art. 73 et 74 du Code ne s'en occupent même (à l'exception du nouveau cas de responsabilité qu'établit le premier de ces articles) que pour formuler un renvoi aux règles du droit civil. Nous devons donc, pour rester fidèles à notre œuvre spéciale, en renfermer l'examen dans d'étroites limites. Nous nous bornerons à rechercher quelles personnes sont responsables aux yeux de la loi, et quel est l'effet légal de la responsabilité civile dans ses diverses applications.

Si l'on peut répondre du fait d'autrui, ce ne peut être qu'en vertu d'une disposition expresse et formelle de la loi ; car cette responsabilité repose sur une présomption de négligence que la preuve contraire ne détruit pas, et dès lors son application peut souvent être injuste et opposée à la raison. On ne peut donc ni étendre au delà de leurs termes les cas de responsabilité, ni en créer d'autres par voie d'analogie. C'est le cas d'appliquer l'axiome : *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias* [2].

385. Cela posé, parcourons les diverses dispositions de la loi qui ont établi les cas de responsabilité civile.

1. Actiones ab alio patratæ... non possunt alteri imputari, nisi quatenus ille potest et tenetur istas moderari. (Puffendorff, de off. hom. et civ., lib. 1, cap. 1, n. 18.)

2. L. 14, Dig. de legibus.

L'art. 73 de notre Code nous offre d'abord un cas tout exceptionnel de cette responsabilité. « Les aubergistes et hôteliers, porte cet article, convaincus d'avoir logé, pendant plus de vingt-quatre heures, quelqu'un qui, pendant son séjour, aurait commis un crime ou un délit, seront civilement responsables des restitutions, des indemnités et des frais adjugés à ceux à qui ce crime ou ce délit aurait causé quelque dommage, faute par eux d'avoir inscrit sur leurs registres le nom, la profession et le domicile du coupable. »

L'omission de cette prescription ne constitue en elle-même qu'une simple contravention de police, qui est punie d'une amende de 6 à 10 francs par l'art. 475, n° 2 du Code pénal [1]. Mais à côté de cette contravention, la loi a placé la responsabilité civile des suites du délit commis pendant la durée du séjour. La sévérité de cette responsabilité avait excité les réclamations de la commission du Corps législatif [2] ; l'orateur du gouvernement répondit : « que, faute par les aubergistes et hôteliers de remplir une formalité facile et simple, ils fournissent à des coupables les moyens de se dérober plus aisément aux recherches ; qu'ainsi leur négligence favorise l'impunité, par le défaut de notions propres à faire découvrir les traces du crime ou du délit [3]. » Ces motifs pouvaient sans doute porter le législateur à aggraver la mesure de la peine appliquée à la contravention, mais il nous semble qu'ils ne justifient nullement la responsabilité civile ; car cette responsabilité suppose que l'hôtelier doit surveiller les actions des personnes qui logent chez lui, et toutefois il est évident que ces personnes ne sont d'aucune façon sous sa dépendance ; les rapports qui s'établissent entre elles et lui ne peuvent donc motiver une garantie qui n'a lieu qu'en raison de l'influence

1. Cet article ajoute : « Sans préjudice des cas de responsabilité mentionnés en l'art. 73 du présent Code, relativement aux crimes ou aux délits de ceux qui, ayant logé ou séjourné chez eux, n'auraient pas été régulièrement inscrits. »

2. Observations de la commission du Corps législatif du 19 déc. 1809 Locré, t. 29, p. 258.

3. Rapport de M. Riboud. Locré, t. 29, p. 269.

ou de l'autorité des personnes responsables sur les auteurs de l'action punissable.

386. Du reste, il faut remarquer que cette responsabilité exceptionnelle n'est applicable qu'autant que les personnes, non inscrites sur les registres, ont commis le crime ou le délit *pendant leur séjour* dans l'auberge ou l'hôtellerie. Il faut remarquer encore que les aubergistes ou hôteliers (expression qui comprend tous les logeurs) ne sont soumis à la responsabilité que lorsque le coupable qu'ils ont reçu dans leur maison y a passé plus de *vingt-quatre heures*. « Il eût été trop rigoureux et même injuste, dit l'exposé des motifs, de leur appliquer la peine, quelque courte qu'eût été la durée de son séjour. Lorsqu'un voyageur ne s'arrête que pendant quelques heures dans une hôtellerie, et disparaît pour faire place à d'autres qui n'y restent pas plus longtemps, il serait le plus souvent impossible de remplir, à l'égard du premier comme à l'égard de ceux qui lui succèdent, les formalités exigées par la loi. L'hôtelier ne doit répondre que de celui qu'il a été à portée de voir ; mais il est inexcusable de ne s'être pas mis en règle lorsque la personne qu'il a logée n'a quitté sa maison qu'après les 24 heures. »

L'art. 73 ajoute : « Sans préjudice de leur responsabilité dans le cas des art. 1952 et 1953 du Code civil. » Ces deux articles, auxquels se réfère la loi pénale, disposent que les aubergistes ou hôteliers sont responsables du vol ou du dommage des effets apportés par le voyageur, soit que le vol ait été fait ou le dommage causé par les domestiques et préposés de l'hôtellerie, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtellerie.

La loi romaine distinguait si le vol avait été commis dans l'hôtellerie par des étrangers ou par des gens attachés à la maison : dans le premier cas, elle n'accordait au voyageur qu'une action en indemnité, *ex recepto in simplum*, contre l'aubergiste ; dans le second cas, le voyageur pouvait exercer l'action de vol, *actio furti in duplum* [1]. Mais l'art. 1953 du Code civil proscrit cette distinction : le maître de l'auberge

1. L. 1, Dig. furt. adv. naut. ; l. 1, § 8, Dig. nautæ, caupones.

répond du vol commis par les étrangers qui fréquentent sa maison, aussi bien que de celui que ses domestiques ont commis ; la force majeure, aux termes de l'art. 1954, peut seule couvrir sa responsabilité.

L'aubergiste est responsable de tous les effets apportés par le voyageur, encore bien qu'ils ne lui aient pas été donnés en garde à lui-même, et qu'il n'ait même point eu connaissance de leur apport. Le texte de l'art. 1952 ne permet aucune distinction, et telles étaient sur ce point les dispositions des lois romaines [1]. « Ces dispositions sont dures, dit M. Toullier, mais la nécessité et la sûreté publique ont paru exiger cette sévérité. Les hôtelleries sont des asiles nécessaires ; ceux que leur santé ou leurs affaires obligent à voyager sont contraints d'y loger, et de suivre ainsi la foi du maître pour la garde et la sûreté de leurs effets. Ajoutez à cela la crainte de voir s'établir entre eux et les voleurs une société secrète pour dépouiller les voyageurs [2]. »

La Cour de Paris a appliqué cette règle avec une extrême rigueur, en déclarant que l'aubergiste est responsable du vol commis sur des voitures restées à l'extérieur de son auberge parce qu'il n'avait pas de cour pour les remiser [3]. Les motifs de cet arrêt sont : « que si l'aubergiste n'a pas de cour pour remiser les voitures, il doit avoir des préposés pour leur garde ; que le Code civil ne constitue aucune exception au principe général de la responsabilité que pour les cas où les vols ont été faits à main armée ou par force majeure ; que si la responsabilité des aubergistes est une exception au droit commun, c'est un motif de plus pour les juges de se renfermer strictement dans la lettre de la loi, qui n'exige pas, pour cette responsabilité, que les effets des voyageurs soient dans l'intérieur de la maison de l'aubergiste. » Cependant la même Cour a jugé, dans une autre espèce, que le voyageur, dont les

1. Maxima utilitas est hujus edicti, dit Ulpien, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiæ eorum committere. L. 1, Dig. nautæ, caupones, etc.

2. Droit civil français, t. 2, p. 351.

3. Arr. Paris, 13 sept. 1808, S. 9. 2. 21.

effets avaient été volés dans une auberge, ne pouvait invoquer la responsabilité de l'aubergiste, lorsque les effets soustraits n'avaient pas été montrés à celui-ci, et qu'il avait d'ailleurs négligé de se servir d'une armoire à clef mise à sa disposition[1].

La Cour de cassation s'est servie du principe posé dans l'art. 73 pour décider que le vol commis par un aubergiste d'un objet laissé chez lui, mais sans lui avoir été confié, constituait non un simple délit, mais un crime, quoique l'article 386, n° 4, ne punisse de la réclusion que le vol commis par l'aubergiste des choses *qui lui sont confiées à ce titre*[2]. Nous nous bornerons à signaler ici cet arrêt, dont l'examen appartient à un autre chapitre ; nous remarquerons seulement ici que les expressions de l'art. 386 semblent exiger un dépôt préalable des effets, et qu'en matière pénale il est interdit d'étendre le texte de la loi.

387. Nous passons maintenant aux cas de responsabilité qui sont énumérés par l'art. 1384 du Code civil, lequel, suivant l'expression de l'exposé des motifs, sert d'appendice à cette partie du Code pénal. L'art. 74 de ce Code est en effet ainsi conçu : « Dans les autres cas de responsabilité civile qui pourront se présenter dans les affaires criminelles, correctionnelles ou de police, les Cours et les tribunaux devant lesquels ces affaires seront portées se conformeront aux dispositions du Code Civil. »

La règle générale de la matière se trouve dans l'art. 1383 du Code civil qui dispose que : « chacun est responsable du dommage qu'il cause, non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence et par son imprudence. » L'art. 1384 fait une application de cette règle au fait des personnes qui sont sous notre dépendance : « On est responsable, dit cet article, non-seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. » C'est là la responsabilité spéciale dont la poursuite, accessoire à l'action criminelle, a dû faire l'objet des prévisions de la loi pénale[3].

1. Arr. Paris, 2 avril 1811, S. 14. 2. 100.
2. Cass., 28 oct. 1813, S. 14. 1. 17.
3. Cass., 9 janv. 1845, Bull. n. 9.

388. Avant d'énumérer les cas où s'applique cette règle, il est nécessaire de rappeler un principe qui domine toutes les espèces[1], et que nous avons déjà développé ailleurs : c'est que la responsabilité civile, telle que l'établit l'art. 1384, ne comprend que les dommages-intérêts, les restitutions civiles et les frais ; elle ne s'étend pas aux amendes (*Voy.* n° 129). Nous ne reprendrons point les développements où nous sommes entrés sur ce sujet[2].

Cette règle fondamentale reçoit néanmoins plusieurs exceptions : 1° en matière de douanes : les père et mère peuvent être condamnés à l'amende, parce que l'amende n'a pas en cette matière un véritable caractère pénal, suivant l'art. 20, tit. 13, de la loi du 22 août 1791, et l'art. 56 de celle du 28 avril 1816[3] ; 2° en matière de contributions indirectes, aux termes de l'art. 35 de la loi du 1er germinal an XIII[4] ; 3° en matière de délits forestiers commis dans l'étendue d'une vente : les adjudicataires qui ne les ont pas constatés sont responsables des amendes, suivant l'art. 45 du Code forestier[5]; 4° en matière de police du roulage ; les propriétaires des voitures sont responsables, aux termes des art. 4 et 13 de la loi du 31 mai 1851, des amendes encourues par les conducteurs[6]; 5° en matière de navigation maritime : les armateurs sont passibles, suivant l'art. 11 du décret du 19 mars 1852, des amendes encourues contre les maîtres et patrons[7].

Elle reçoit encore exception en matière de police lorsque les règlements imposent une charge personnelle aux maîtres ou propriétaires : comme, par exemple, lorsque les règlements imposent aux propriétaires l'obligation du balayage de

1. Cass., 7 juill. 1864, Bull. n. 174 ; 20 mars 1868, n. 76.

2. Conf. Cass., 10 mars 1836, Bull. n. 87 ; 11 juin 1836, n. 187 ; 2 sept. 1837, n. 258. — * * *Adde* Cass., 25 mars 1881 ; Bull. n° 86.

3. Cass., 14 mai 1842, Bull. n. 121 ; 11 fév. 1843, Bull. n. 34. — * * V. aussi Cass., 30 nov. 1869 ; S. 70. 1. 115.

4. Cass., 15 janv. 1820, S. 10. 1. 188.

5. Cass., 10 janv. 1852, Bull. n. 8 ; 8 juill. 1853, Bull. n. 349.

6. Cass., 21 janv. 1853, Bull. n. 26.

7. Cass., 10 août 1855, Bull. n. 284.

la voie publique; ils ne sont pas déchargés par la responsabilité des locataires qui auraient assumé cette obligation [1]; — ou lorsque, en matière de cours d'eau, ils imposent aux propriétaires des fonds riverains des mesures de précaution ou de conservation dont ceux-ci ne peuvent être exonérés par les préposés qu'ils commettent [2].

Enfin, elle reçoit exception en ce qui concerne les professions réglementées, lorsqu'une infraction est commise aux conditions et modes d'exploitation imposés à l'industrie par les règlements, même par la faute et par la main des ouvriers. Ainsi, le fabricant ou entrepreneur d'appareils d'éclairage par le gaz est passible des amendes encourues pour infraction aux règlements relatifs à la pose de ces appareils, lors même qu'ils ont été posés par ses ouvriers [3]; ainsi, les entrepreneurs des voitures publiques sont passibles des amendes encourues par leurs préposés pour contravention aux règlements sur le stationnement de ces voitures [4]; ainsi, le cabaretier, quoique absent, est passible de l'amende encourue pour l'ouverture de son cabaret après l'heure fixée [5]; ainsi, l'entrepreneur de la vidange des fosses d'aisances est passible des peines portées par la loi, lorsque les conducteurs de ses voitures se sont écartés de l'itinéraire qui leur était déterminé par les règlements [6]; ainsi enfin, le chef d'un établissement industriel est passible de l'amende prononcée par les art. 3 et 11 de la loi du 22 juin 1854, lorsque, même en son absence, un ouvrier non muni de livret a été reçu dans ses ateliers [7].

1. Cass., 4 mai 1848, Bull. n. 133; 15 juill. 1850, Bull. n. 179; 31 août 1854, Bull. n. 270; 19 fév. 1858, Bull. n. 62.

2. Cass., 5 juin 1856, Bull. n. 205; 3 avril 1857, Bull. n. 159; 13 nov. 1858, Bull. n. 271.

3. Cass., 23 janv. 1859, Bull. n. 39.

4. Cass., 26 août 1859, Bull. n. 215.

5. Cass., 26 nov, 1859, Bull. n. 261.

6, Cass., 4 juin 1842, Bull. n. 136.

7. Cass., 26 nov. 1858, Bull. n. 287, et 21 juin 1866, Bull. n. 160. — * * De même encore, la loi du 19 mai 1874, *sur le travail des enfants et des filles mineures employées dans l'industrie*, dispose expressément dans son art. 25 que « les chefs d'industrie sont civilement responsables des condamnations prononcées contre leurs directeurs ou gérants. »

Mais en dehors de ces cas exceptionnels, qui reposent sur la présomption légale que les maîtres et commettants ont, par les ordres qu'ils ont donnés, ou par leur défaut de surveillance, participé à la contravention, il y a lieu de maintenir la règle qui veut que nul ne soit pénalement responsable que de son fait personnel[1]. Ce n'est point une exception à cette règle que le cas où le maître, prenant le fait et cause de son préposé, reconnaît que l'acte lui est personnel et qu'il a été commis par son ordre ; car il résulte de cette déclaration qu'il en est le véritable auteur[2].

389. Les cas énumérés dans l'art. 1384 se rapportent aux pères et mères, aux maris, aux maîtres et commettants, enfin aux instituteurs et artisans.

Le second paragraphe de cet article est ainsi conçu : « Le père, et la mère après le décès du mari[3], sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux. » M. Toullier enseigne[4] que cette responsabilité ne commence qu'à la puberté de l'enfant, et cesse à son émancipation. Cette décision, qui ne fait que reproduire une ancienne jurisprudence, se fonde, d'une part, sur ce que l'action d'un enfant impubère n'est point imputable, et, d'une autre part, sur ce que la responsabilité, puisant son principe dans la puissance paternelle, doit s'éteindre avec elle. Il nous paraît difficile de concilier cette doctrine avec le texte de la loi, qui étend sans distinction la responsabilité des pères et mères à toutes les actions *de leurs enfants mineurs*. Ensuite, de ce que le fait a été commis sans discernement, il ne s'ensuit pas que la responsabilité ne puisse être invoquée, car il suffit qu'il y ait dommage pour donner ouverture à l'action civile[5]; et d'ailleurs

1. Cass., 7 juill. 1854, Bull. n. 218 ; 24 mars 1855, Bull. 110 ; 3 mars 1859, Bull. n. 69.

2. Cass., 3 août 1855, Bull. n. 277.

3. * * Durant le mariage, le père seul est civilement responsable des actes de l'enfant, à l'exclusion de la mère. (Cass., 13 août 1877 ; S. 79. 1. 472.)

4. Droit civil français, t. 2, n. 260, 270 et 277.

5. V. dans ce sens Cass., 2 juill. 1813.

l'esprit de la loi se manifeste à cet égard dans l'art. 1383, qui déclare responsable le propriétaire d'un animal, à raison du dommage qu'il a causé. Enfin, et en ce qui a rapport à l'émancipation, est-il exact de dire qu'elle délie tous les liens de la puissance paternelle, qu'elle anéantit complétement l'autorité des pères et mères ? S'il est vrai que le père conserve, même après l'émancipation, une autorité qu'il tient de la nature, avant que la loi la lui ait donnée ; s'il est vrai que la surveillance, et, suivant l'expression de M. Toullier, la *censure* des actions de son fils soit encore pour lui un droit et un devoir, pourquoi sa responsabilité cesserait-elle ? Les résultats seulement en seront moins onéreux pour lui, puisque l'émancipation fait présumer des biens dans lesquels ce dommage pour trouver une réparation suffisante.

Néanmoins, s'il peut sembler juste, à certains égards, que le père réponde de ses enfants mineurs, cette responsabilité doit être restreinte dans de certaines limites, car on ne peut imputer à personne de n'avoir pas fait une chose qui n'était pas dans son pouvoir. Une première restriction borne, ainsi qu'on l'a vu, cette responsabilité des pères et mères aux actions des enfants *habitant avec eux* [1]; car ce n'est qu'alors qu'ils peuvent exercer une surveillance réelle. La disposition finale de l'art. 1384 fait une seconde exception pour le cas où les pères et mères prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à la responsabilité.

Cependant plusieurs arrêts ont jugé que, même dans ce dernier cas, et quand l'impossibilité matérielle de la surveillance est établie, les pères et mères ne cessent pas d'être responsables si les écarts des enfants peuvent être attribués au relâchement de la discipline domestique, et aux mauvais exemples qu'ils ont reçus dans la maison paternelle [2]. Les tribunaux ont pensé que les parents avaient alors à s'imputer la faute grave de la mauvaise éducation donnée aux enfants,

1. ** Besançon, 30 juillet 1884 ; S. 85, 2. 81.

2. Cass., 29 mars 1827, S. 28. 1. 273 ; Bourges, 9 mars 1821, S. 22. 2. 238 ; Bordeaux, 1er avril 1829, S. 29. 2. 259. — ** V. aussi Dijon, 19 février 1875 ; S. 75. 2. 81.

ou d'avoir négligé d'employer les moyens en leur pouvoir pour réprimer des penchants vicieux[1].

390. Le troisième paragraphe de l'article 1384 déclare les maîtres et commettants responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans l'exercice des fonctions auxquelles ils les emploient. Il résulte de cette disposition que la responsabilité ne comprend que les faits commis par les domestiques ou préposés pendant la durée de leurs fonctions, ou, en d'autres termes, que les maîtres et commettants ne répondent en aucun cas du dommage causé par les délits qu'ils ont commis en dehors de leur service habituel[2]. Ainsi circonscrite, cette responsabilité est fondée en raison. En effet, elle prend sa source dans l'autorité que les maîtres et commettants exercent, dans le droit de commander dont ils sont investis[3]. Le domestique ou le préposé n'est qu'un agent; la responsabilité remonte naturellement à ceux dont il exécute les ordres; ils doivent répondre de ses actions comme de leur propre fait. C'est d'après ce principe que la Cour de cassation a jugé que l'obligation de réparer le dommage causé par un domestique est une obligation personnelle et non de garantie, principale et non subsidiaire[4]. Cette responsabilité diffère donc, sous ce rapport, de celle du père de famille, qui ne répond qu'accessoirement et par forme de garantie, du dommage causé par son enfant mineur.

Cette différence explique le silence du dernier paragraphe de l'art. 1384 à l'égard des maîtres ou commettants; ce paragraphe, en effet, n'étend point à ces individus l'exemption de

1. * * Il a été jugé que, l'énumération des différentes personnes désignées par l'art. 1384 étant limitative, le mari d'une femme dont la fille a un enfant naturel n'est pas civilement responsable de l'incendie causé par le fait de cet enfant mineur habitant avec lui (Rouen, 18 nov. 1878; S. 80. 2. 317. — Jugé, d'autre part, que le directeur d'un établissement d'aliénés, qui reçoit un aliéné mineur dans son établissement, est substitué aux père et mère du mineur, et responsable des dommages causés par ce dernier (Agen, 16 mars 1872; S. 73. 2. 113).

2. Ass. de la Haute-Savoie, 13 mars 1865, Journ. du dr. crim., n. 8042.

3. Cass., 10 nov. 1859, Bull. n. 240.

4. Cass., 11 juin 1808, S. 10. 217.

la responsabilité dans le cas même où ils prouveraient qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui la produit. La raison en est que, lorsque le dommage a été commis pendant la durée des fonctions, les maîtres ou commettants sont présumés en être la cause au moins indirecte, et dès lors ils en doivent la réparation dans tous les cas, comme de leur propre faute[1]. C'est ainsi qu'il a été jugé que le vol de bois ou de fourrage, commis par un berger pendant qu'il gardait les troupeaux de son maître, entraînait la responsabilité civile de celui-ci, alors même qu'il prouverait avoir ignoré le fait et n'avoir pu l'empêcher[2]. Mais les rixes, les voies de fait, les injures verbales dont les domestiques ou préposés peuvent se rendre coupables, sont des délits évidemment étrangers à leur service et à leurs fonctions. Les maîtres et commettants sont donc fondés à en décliner la responsabilité. C'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation[3], en annulant un jugement qui avait condamné un maître solidairement avec une domestique à des dommages-intérêts motivés par des injures verbales dont cette dernière s'était rendue coupable[4].

391. Enfin, le quatrième paragraphe de l'art. 1384 soumet à la responsabilité les instituteurs et les artisans, à raison des délits commis par les mineurs et les apprentis qui leur sont confiés. Le père, en effet, leur a conféré sa puissance et son autorité ; ils sont donc en faute lorsque l'enfant dont ils ont

1. V. l'Exposé des motifs, par M. Tarrible ; Rapport au Tribunat, par M. Bertrand de la Grenille ; Toullier, t. 2, p. 388 ; M. de Maleville, sur l'art. 1384 ; Pothier, Traité des oblig., n. 121 ; Cass., 17 fév. 1866, Bull. n. 44, et 16 avril 1868.

2. Cass., 25 nov. 1813, S. 14. 1. 24 ; 13 janv. 1814, S. 14 1. 190 ; 18 juill. 1826, S. 27. 1. 232 ; 13 déc. 1856, Bull. n. 396 ; 24 juill. 1852, Bull. n. 250 ; 3 déc. 1846, Bull. n. 297.

3. Cass., 17 sept. 1806, rapp. par Merlin, Rép., v° Délit, § 8 ; et V. dans le même sens Cass., 1er oct. 1842, Bull. n. 256. — L'Etat peut être condamné à des réparations civiles à raison des faits de ses commis. Cass., 11 août 1848, Bull. n. 220 ; Journ. du dr. crim., 1848, p. 307, art. 4380.

4. * * Jugé que le maître n'est pas responsable d'un crime commis dans sa maison par son domestique, s'il est constaté que ce n'est pas dans l'exercice de ses fonctions que le domestique a commis le crime, dans l'espèce, un incendie (Cass. 3 mars 1884 : S. 85. 1. 21).

accepté la surveillance commet un acte dommageable, et ils doivent en répondre [1]. Mais cette responsabilité, de même que la responsabilité paternelle, cesse dès que l'instituteur ou l'artisan prouve qu'il n'a pu empêcher le fait ; la responsabilité serait injuste dès qu'aucune négligence ne peut lui être imputée.

392. L'art. 1384 n'a point fait aux *maris* l'application spéciale de la règle de la responsabilité ; il n'a point établi contre eux la présomption de négligence qu'il a élevée contre les pères, les maîtres et les instituteurs. On doit en conclure qu'en général ils ne sont point responsables des délits de leurs femmes. Ce principe a été confirmé par plusieurs arrêts qui ont successivement décidé que le mari n'est pas responsable des délits d'injures [2], de diffamation [3] et de calomnie [4] commis par sa femme. Néanmoins, s'il était constant qu'il a pu empêcher le délit et qu'il ne l'a pas fait, ou bien encore qu'elle a causé le dommage dans des fonctions auxquelles il l'avait employée [5], la responsabilité pourrait être invoquée contre lui; car dans ce cas, la faute de la femme deviendrait la faute personnelle du mari ; seulement la partie lésée devrait faire la preuve de cette participation [6]. Il existe, au reste, une exception formelle à ce principe, en ce qui concerne les délits ruraux. L'art. 7 du titre 2 de la loi du 25 septembre-6 octobre 1791, dont nous citons les termes dans le numéro suivant, déclare les maris civilement responsables des délits commis par leurs femmes;

1. * * Jugé que le principal d'un collège communal est assimilé à l'instituteur au point de vue de la responsabilité civile du dommage causé par ses élèves pendant qu'ils sont sous sa surveillance (Paris, 16 février 1880 ; S. 80. 2. 169 ; Besançon, 30 juill. 1884 ; S. 85. 2. 44).

2. Cass., 16 août 1811, S. 12. 1. 214.

3. Cass., 20 janv. 1825, S. 25. 1. 276.

4. Cass., 6 juin 1811, S. 12. 1. 70.

5. * * La Cour suprême paraît n'admettre la responsabilité civile du mari « que dans le cas où le fait générateur du dommage aurait été accompli par celle-ci dans une fonction à laquelle son mari l'avait préposée (Cass., 8 juillet 1872 ; S. 72. 1. 257).

6. Cass., 31 juill. 1807, 23 déc. 1818 et 27 fév. 1827, S. 7. 2. 1048, 19, 1. 278 et 27. 1. 228.

mais cette loi exceptionnelle doit être renfermée dans ses termes.

393. Plusieurs lois spéciales renferment des dispositions diverses sur la responsabilité, et quelques-unes de ces dispositions dérogent également au droit commun. Il suffira d'en énoncer les dispositions. L'art. 6 de la loi du 30 avril 1790 déclare les pères et mères responsables des délits de chasse commis par leurs enfants *mineurs de vingt ans* ; et l'art. 7 du titre 2 de la loi du 25 septembre-6 octobre 1791 est ainsi conçu : « Les maris, pères, mères, tuteurs, maîtres, entrepreneurs de toute espèce, sont civilement responsables des délits de police rurale commis par leurs femmes et enfants, pupilles, mineurs n'ayant pas plus de vingt ans et non mariés, domestiques, ouvriers, voituriers, et autres subordonnés. » Quelques tribunaux ont pensé que cette dernière disposition avait été modifiée par les dispositions postérieures de l'art. 1384 [1]. Mais, quoique cette doctrine paraisse plus en harmonie avec l'esprit général de la nouvelle législation, ainsi que l'attestent l'article 205 du Code forestier, et l'art. 74 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, qui se réfèrent l'un et l'autre, quant à la responsabilité civile, à cette disposition de l'art. 1384, il faut se tenir à la maxime que les lois générales ne sont jamais réputées déroger aux lois spéciales ; d'ailleurs le Code rural de 1791 forme un corps complet de législation qui doit être maintenu dans toutes ses parties.

D'autres cas de responsabilité se trouvent dans la loi du 16 vendémiaire an IV, qui prescrit que tous les habitants d'une commune seront civilement garants des attentats commis sur le territoire de cette commune ; dans l'arrêté du 7 nivôse an VI, qui déclare les employés des arsenaux responsables du vol des armes ; dans les arrêtés du 7 fructidor an VI (art. 9) et de prairial an VII (art. 6), qui rendent les maîtres de poste responsables des contraventions de leurs postillons et conducteurs ; dans le décret du 1er germinal an XII (art. 35), qui étend cette responsabilité aux propriétaires de marchandises, à l'égard du fait de leurs agents et facteurs ; dans les

1. Arr. Douai 25 août 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 329.

décrets des 16 juillet 1810 (art. 59) et 18 août 1810 (art. 27), qui imposent aux greffiers la responsabilité des contraventions, délits et crimes de leurs commis, etc. L'examen de ces cas divers nous entraînerait trop loin de notre sujet. Nous répéterons seulement que la responsabilité doit être appliquée, dans chaque espèce, d'après les dispositions de la loi spéciale, sans pouvoir en étendre les termes, sans pouvoir y comprendre un cas nouveau par voie d'analogie ; car la responsabilité, comme le dit Grotius [1], n'est pas *selon le droit de la nature* ; elle est purement de droit civil, et dès lors doit être restreinte plutôt qu'étendue.

394. Il nous reste à envisager la responsabilité civile dans ses rapports avec l'action criminelle. Les tribunaux de répression ne sont compétents pour statuer sur les effets de la responsabilité qu'autant qu'ils sont saisis de l'action publique pour l'application de la peine. En effet, l'obligation de celui qui est soumis à la responsabilité d'un fait auquel il n'a point concouru, est une obligation accessoire purement civile, et dont, par conséquent, ces tribunaux ne peuvent connaître qu'accessoirement à l'action criminelle qui constitue l'obligation principale. Cette compétence, matérielle et absolue, est véritablement d'ordre public, et peut donc être proposée en tout état de cause, même sur l'appel [2]. Mais ce ne serait pas un motif pour renvoyer purement et simplement de la plainte la partie civilement responsable qui aurait seule été traduite devant le tribunal de simple police ou de police correctionnelle ; ce tribunal devrait surseoir à statuer, et fixer le délai dans lequel le ministère public serait tenu de mettre en cause le contrevenant [3].

395. La personne civilement responsable ne peut-elle encourir une condamnation aux dépens qu'autant que cette condamnation est accessoire à une condamnation en des dommages-intérêts ? L'affirmative résulte d'un arrêt de la Cour

1. Droit de la guerre et de la paix, t. 2. p. 8.
2. Cass., 11 sept. 1818, S. 19. 1. 117.
3. Cass., 9 juin 1832, Journ. du dr. crim., 1832, p. 250.

de cassation [1] qui a rejeté le pourvoi formé contre un jugement correctionnel, lequel avait jugé que : « lorsque les tribunaux ne prononcent aucune restitution, aucun dommage, il n'y a pas lieu de déclarer le père civilement responsable des dépens ; que la condamnation aux dépens est l'accessoire de la condamnation première prononcée contre la personne civilement responsable. » Cette doctrine, contraire d'ailleurs à d'autres arrêts de la même Cour [2], ne paraît pas devoir être suivie. Le premier motif sur lequel elle s'appuie, et qui consiste à dire qu'il n'y aurait pas eu, dans l'espèce, de préjudice causé, n'est nullement concluant ; car il y avait eu, dans cette espèce, un délit constaté, et dès lors la poursuite avait été avec raison exercée. Or, la Cour de cassation a toujours décidé que les frais causés par une telle poursuite étaient un préjudice causé à l'État, et avaient le caractère de véritables dommages-intérêts. Il y avait donc préjudice causé, et même partie civile en cause, puisque l'État peut, dans le système de la même Cour, être réputé partie civile à l'égard des dépens dont il a fait l'avance.

Le second motif est que la condamnation des frais doit être l'accessoire d'une condamnation principale en dommages-intérêts. Mais cette condition n'est nullement imposée par l'art. 194 du Code d'instruction criminelle, et on ne voit pas d'ailleurs pourquoi le juge, tout en déclarant qu'il y a lieu à responsabilité, ne serait pas le maître d'en limiter les effets aux frais de la poursuite [3].

396. L'action en responsabilité, étant purement civile, passe contre les héritiers, lors même qu'elle n'a pas été intentée avant la mort de la personne que la loi y soumet. Mais par quelle prescription cette action est-elle éteinte ? Evidemment par la prescription que la loi criminelle applique au crime ou au délit dans lequel elle se puise. Car, ainsi

1. Cass., 15 juin 1832, Journ. du dr. crim., 1833, p. 76.

2. Cass., 14 juill. 1814, 4 juill. 1830 et 31 janv. 1833, Journ. du dr. crim., 1833, p. 76 et 78.

3. Cass., 11 juin 1836, Bull. n. 187 ; 2 sept. 1837, Bull. n. 258 ; 9 janv. 1845, Bull. n. 9.

que nous l'avons déjà dit, elle ne constitue qu'une obligation accessoire ; elle ne peut donc durer plus que l'obligation principale. Ainsi, c'est d'après les règles posées aux art. 637, 638 et 640 du Code d'instruction criminelle, qu'il faut déterminer les délais pendant lesquels elle peut être exercée [1].

1. * * Cass., 1er mai 1876, S. 76. 1. 415 ; — 10 janv. 1877 (*Audy*) ; — Caen, 22 déc. 1876 ; S. 77. 2. 49 et la note. — V. toutefois, en sens contraire, la dissertation de M. Beudant, sur les arrêts du 13 mai 1868 et du 12 janvier 1869 (*Jurisprud. gén.*), dissertation rapportée dans Le Sellyer, *Actions publique et privée*, II, n° 556-1°.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES DANS LE TOME PREMIER.

CHAPITRE PREMIER.

PRINCIPE DU DROIT PÉNAL.

Nos. Pages.

1. Il est nécesssaire de rechercher le principe qui a dirigé la rédaction de la loi pénale 1
2. Fondements des premières législations. Droit de vengeance . . . 3
3. Limites apportées au droit de vengeance. Sacrifices expiatoires. Talion. Compositions 4
4. Premières formules du principe de l'utilité publique. 6
5. Principe de la vindicte publique chez les peuples modernes . . . 8
6. But assigné à la justice pénale par les publicistes du XVIIe et du XVIIIe siècles. 9
7. Comment le principe de l'expiation morale a tenté de se substituer à celui de l'utilité publique 10
8. Examen critique du principe de la justice morale considérée comme source de la justice pénale 12
9. Quel est le véritable fondement du droit pénal 15
10. Opinion des criminalistes du XVIIIe siècle. 17
11. Résumé de la doctrine. Système pénal.. 18

CHAPITRE II.

SYSTÈME DU CODE PÉNAL.

12. Idées générales qui ont dirigé la rédaction du Code. 20
13. Loi modificative du 28 avril 1832 ; son caractère général. 22
14. Esprit et motifs de cette réforme 23
15. Loi du 13 mai 1863 ; son esprit et ses tendances. 26
16. Exposé des motifs et rapport au Corps législatif. 27
17. Système de cette nouvelle loi. 29
18. Principales modifications qu'elle apporte au Code. 31

Nos. Pages.
19. Examen de l'art. 1er du Code. Définition du crime, du délit et de la contravention 34
20. Quelle doit être la division des actions punissables 36
21. Corollaires de l'art. 1er. 38

CHAPITRE III.

DE L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE.

22. La loi pénale n'est exécutoire que du jour où elle a été connue. . 39
23. Application de ce principe dans l'art. 4. C. pén. Espèces dans lesquelles il a été appliqué. 40
24. La loi pénale ne peut être étendue par voie d'interprétation au delà de ses termes. 41
25. Règles d'interprétation de la loi pénale. 42
26. S'il est permis de correctionnaliser les crimes en écartant pendant l'instruction leurs circonstances aggravantes. 44
27. Exception au principe de la non-rétroactivité. Première exception, quand la loi nouvelle est plus favorable. Législation sur ce point. 46
28. Arrêts qui ont appliqué cette exception 47
29. Quelle loi est applicable quand la loi nouvelle abaisse le maximum et élève le minimum de la peine. 51
30. Deuxième exception au principe de la non-rétroactivité. Lois de procédure, d'organisation judiciaire et de compétence. 52
31. Application de cette exception aux lois de procédure et d'instruction 53
32. Application aux lois qui modifient la composition des tribunaux. . 54
33. Application aux lois de compétence. 55
34. Distinction établie par la jurisprudence à l'égard des procès commencés au moment de la promulgation de la loi nouvelle . . . 56

CHAPITRE IV.

DÉLITS MILITAIRES.

35. Ce qu'il faut entendre par crimes et délits militaires (art. 5). . . 60
36. Pour résoudre cette question, il est nécessaire d'établir la compétence des tribunaux militaires. 62
37. Théorie de la justice militaire 63
38. Etat de la législation antérieure sur la distinction des délits militaires ou communs. 65
39. Disposition de la loi du 4 août 1857 69
40. A quel moment le jeune soldat est-il saisi par la juridiction militaire. 71
41. Quel est ce moment pour les engagés volontaires. 72

Nos. Pages
42. Quelle est la juridiction compétente dans les cas d'absence par congé, permission ou autrement 73
43. Restrictions à la compétence de la juridiction militaire. 75
44. Quelle est cette compétence en matière d'embauchage. 78
45. Exceptions à la compétence en état de siége. 79
46. Quelles personnes sont assimilées aux militaires. 80
47. Incompétence de la juridiction militaire à l'égard de l'action civile. 82
48. Résumé et définition des délits militaires. 82
49. Application des mêmes principes à l'armée de mer. Loi du 4 juin 1858. 83

CHAPITRE V.

DES PEINES.

§ Ier. — *Caractères généraux des peines.*

50. Caractère et but des peines en général. Systèmes qui ont pour objet l'exemplarité de la peine ou l'amendement du condamné. 89
51. Système qui donne pour but à la peine l'expiation du délit. . . 91
52. Distinction des effets de la peine et de sa fin. 91
53. Qualités que les peines doivent réunir pour être efficaces. . . . 92
54. Dans quelle proportion elles doivent être infligées. 94
55. Distinction des peines afflictives et infamantes, des peines simplement infamantes et des peines correctionnelles.. 96
56. Des peines infamantes, de leurs caractères.. 97

§ II. — *De la peine de mort.*

57. De la peine de mort. Opinion de Beccaria.. 99
58. Si la peine de mort est illégitime et si la vie de l'homme est inviolable. 100
59. Des effets de la peine de mort et de son efficacité 103
60. Est-elle nécessaire?. 104
61. Examen des qualités et des vices de cette peine.. 106
62. Résumé de ce qui précède. Il y a lieu de restreindre de plus en plus son application en attendant sa suppression. 108
63. Actes de la législation relatifs à la peine de mort. 108
64. Effet des circonstances atténuantes sur son application. Loi du 28 avril 1832. 111
65. Dernier état de la question. 113
66. Son application en matière de crimes politiques. 114
67. De l'aggravation de la peine de mort en matière de parricide. . 115

§ III. — *Des peines perpétuelles.*

68. Des peines perpétuelles, examen de leurs effets. 116

N°s. Pages

69. Législation relative à ces peines. Dans quels cas elles peuvent être abrégées par la grâce 118
70. De la peine des travaux forcés à perpétuité. 120
71. Caractères de cette peine. Ses avantages et ses inconvénients. Loi du 30 mai 1854. 121
72. De la déportation. Examen de son caractère et de ses effets. . . 123
73. Modifications successives de la législation à l'égard de cette peine. 125
74. Lois du 9 septembre 1835, du 6 mars 1848, du 8 juin 1850 relatives à la déportation. 126
75. De la transportation. Décret du 29 juin 1848, loi du 24 juin 1850. Décret du 8 décembre 1851. Décret du 28 mars 1852. Loi du 27 février 1858. 128

§ IV. — *Des peines temporaires.*

76. Peines des travaux forcés à temps. Peines de la réclusion. . . . 129
77. Application du régime pénitentiaire aux condamnés à la réclusion. 131
78. Principes de ce régime 132
79. Ses différents modes d'application et son efficacité. 134
80. La peine de la réclusion est la base de tous les sytèmes de pénalité. 136
81. Peine de la détention 137
82. Rapprochement des divers systèmes de répression employés chez les différents peuples. 139

CHAPITRE VI.

DES PEINES INFAMANTES.

(*Commentaire des art.* 22, 32, 33, 34 *et* 35 *du Code pénal.*)

83. Distinction des peines infamantes et non infamantes. 143
84. Définition de la peine du bannissement (art. 32). Son caractère et ses effets. 144
85. Dans quels cas cette peine est appliquée. 147
86. De l'infraction par le banni de son ban (art. 33). 148
87. Définition de la dégradation civique (art. 34). 149
88. Examen des déchéances qu'elle entraîne. De la privation des droits politiques. 151
89. Incapacité d'exercer certaines fonctions. 152
90. Incapacité de témoigner en justice. 153
91. Incapacité de port d'armes. 155
92. Incapacités de faire partie de la garde nationale, de l'armée, de tenir école. 156
93. De l'emprisonnement attaché à la dégradation civique (art. 35). . 159
94. De la peine de l'exposition publique (art. 32). Législation. . . . 160

Nos. Pages.
95. Ses inconvénients et ses vices. Décret du 12 avril 1848, qui a prononcé sa suppression 163

CHAPITRE VII.

DES PEINES ACCESSOIRES.

96. Ce qu'on doit entendre par peines accessoires. 167
97. De la mort civile (art. 13). 168
98. Discussions qui ont préparé son abolition 169
99. Lois des 6 juin 1850 et 31 mai 1854 portant abrogation de la mort civile. Incapacités qui la remplacent. De l'interdiction légale 172
100. Interdiction faite au condamné de disposer de ses biens et de recevoir. 174
101. Application de cette incapacité à la détention perpétuelle. . . . 176
102. Effets de la remise des incapacités par le gouvernement. . . . 177
103. Loi du 15 mars 1850. Incapacités restituées par voie administrative. 179
104. De l'interdiction des droits civiques, civils et de la famille (art. 42). 180
105. Droits de la famille sur les biens du condamné pendant l'exécution de la peine. 181
106. De la surveillance de la haute police (art. 44). 186
107. Système du Code pénal de 1810 sur la surveillance. 187
108. Système de la loi du 28 avril 1832 sur la même matière 189
109. Obligations imposées aux condamnés par cette loi. 189
110. Système du décret du 8 décembre 1851. Abrogation de ce décret par un décret du 14 octobre 1870 190
111. Observations critiques sur les trois législations successives. Caractère de la surveillance. Mesures qu'elle peut entraîner. 191
(Abolition de la surveillance de la haute police) 193
112-118. Peines en cas d'infraction au ban de la surveillance (art. 45). 194
119. L'infraction de ban ne constitue pas une récidive légale. Restrictions qui doivent être apportées à cette solution 196
120-123. Quel est le tribunal qui doit statuer sur l'individu prévenu de rupture de ban ? 197
(Loi du 27 mai 1885, sur la relégation). 197

CHAPITRE VIII.

DES CONDAMNATIONS PÉCUNIAIRES.

(*Commentaire des art.* 9, 10, 11, 51, 52, 53, 54 *et* 55 *du Code pénal*)

124. Enumération des condamnations pécuniaires. 216

§ 1er. — *De l'amende.*

Nos. Pages
125. De l'amende. Caractère de cette peine. 216
126. Des amendes arbitraires. 217
127. Système du Code (art. 9 et 10) sur les peines pécuniaires. . . 219
128. Appréciation de ce système. Taux des amendes. De leur conversion en emprisonnement. 221
129. L'amende est une peine. Conséquences de ce principe. 223
130. Exceptions dans quelques matières spéciales. Douanes. Contributions indirectes. 224
131. L'amende est éteinte par le décès du condamné. 228
132. Application aux amendes de la règle qui prohibe le cumul des peines. 230
133. L'amende doit être individuelle, c'est-à-dire infligée à chacun des agents. 233
134. De la solidarité des amendes. 234
135. Application des amendes dont la loi n'a pas fixé la quotité. . . 236

§ II. — *De la confiscation spéciale.*

136. Caractère de la confiscation spéciale (art. 11, C. pén.). 237
137. A quels objets elle peut être appliquée. 239

§ III. — *Des dommages-intérêts.*

138. Du droit à dommages-intérêts (art. 51, C. pén.) 240
139. Distinction des restitutions et des dommages-intérêts. 240
140. Règles relatives à leur application. Conditions du droit de réclamer des dommages-intérêts 243

§ IV. — *Des frais.*

141. Du principe de la condamnation aux frais (art. 52, C. pén.). . . 248
142. Examen de ce principe et de la théorie du Code sur cette matière 250
143. Limites de la responsabilité des frais. S'il est dû une indemnité aux prévenus ou accusés acquittés. 251
144. De la condition des parties civiles. 253
145. Examen des textes du Code modifiés par la loi du 28 avril 1832. 253
146. Distinction des matières correctionnelles et de police, et des matières criminelles. Décret du 18 juin 1811 254
147. Dans quels cas un accusé est-il réputé avoir succombé ? 257
148. Le mineur, acquitté pour non-discernement, est-il tenu des frais ? 260
149. Le prévenu de délit, condamné pour contravention, est-il tenu des frais ?. 261

N°s. Pages.
150. Qui doit supporter la charge des frais en cause d'appel? 262
151. De la charge des frais dans les cas de défaut et de contumace. 263
152. Dans quels cas la partie civile est tenue des frais 263
153. Quels sont les frais mis à la charge des condamnés et des parties civiles ? 265
154. De la solidarité de frais. Application de cette règle 266

CHAPITRE IX.

DE L'EXÉCUTION DES PEINES.

155. Division de ce chapitre 269

§ Ier. — *De l'exécution des peines afflictives et infamantes.*

156. De l'exécution de la peine de mort (art. 12 et 13). 270
157. Inhumation des corps des suppliciés (art. 14) 271
158. Mesures relatives aux condamnées enceintes (art. 27). 273
159. Aucune condamnation ne peut être exécutée les jours fériés (art. 25). 274
160. Du lieu des exécutions. Désignation de ce lieu par l'arrêt (art. 26.) 274
161. Examen de la proposition de faire exécuter les condamnés à mort dans l'intérieur des prisons. 276
162. Réquisition des ouvriers nécessaires aux travaux des exécutions (Loi du 22 germinal an IV). 277
163. De l'exécution de la peine des travaux forcés (art. 15 et 21) . . 279
164. Nouveau mode d'exécution des condamnés établi par la loi du 30 mai 1854. 281
165. De l'exécution de la peine de la réclusion (art. 21). 282
166. De l'impression par extrait des arrêts qui prononcent des peines afflictives ou infamantes (art. 36). 283

§ II. — *Règles d'exécution.*

167. Quels sont les lieux affectés à l'exécution des peines. Maisons de correction, maisons de force, forteresses. 284
168. Les peines doivent être subies sans interruption. 285
169. A compter de quel jour commencent-elles à courir (art. 23) . . 285
170. Du cas où plusieurs condamnations ont été encourues par le même individu. Jurisprudence. 287
171. Explication de l'art. 365, C. instr. crim. Ce qu'il faut entendre par *la plus forte* des peines encourues. Application générale de la règle qui défend le cumul. 290
172. Exception pour le cas où la juridiction répressive a réservé l'application des deux peines. Résumé de la doctrine. 292

N°ˢ. Pages.
173. Quelle est l'autorité compétente pour statuer sur les questions qui s'élèvent dans le cours de l'exécution des peines ? 293

§ III. — *De l'exécution des peines correctionnelles.*

174. Exécution de la peine d'emprisonnement (art. 40) 295
175. De quel jour cette peine commence-t-elle à courir ? 296
176. Système consacré par l'art. 24 modifié par la loi du 28 avril 1832. 297
177. Dans quels lieux elle est subie. Distinction suivant la durée de la peine. 299
178. De la translation de quelques condamnés dans les maisons de santé. 301
179. Quelle est la maison où la peine doit être subie en cas d'appel. 302
180. Concours de l'autorité judiciaire et de l'autorité administrative pour l'exécution des peines. 302
181. Application de la règle du non-cumul des peines en matière correctionnelle. 303

§ IV. — *De l'exécution des condamnations pécuniaires.*

182. L'exécution des condamnations pécuniaires s'opère par la voie de la contrainte par corps. Système du Code pénal à ce sujet. 305
183. Modifications apportées par la loi du 17 avril 1832, le décret du 13 décembre 1848, et la loi du 22 juillet 1867. Système de cette dernière loi 307
184. Dans quels cas la contrainte par corps est-elle aujourd'hui applicable ? 308
185. Quelles sont les condamnations recouvrables par la voie de la contrainte par corps ? 309
186. Le décime et le double-décime de guerre ajoutés aux amendes sont-ils recouvrables par la contrainte par corps comme celles-ci ? 310
187. Quelle est la durée de cette contrainte ? 311
188. La contrainte est une voie ordinaire d'exécution. Conséquences de cette règle 312
189. Comment cesse la contrainte en cas d'insolvabilité du condamné. Comment cette insolvabilité se constate. Elle cesse aussi en donnant caution. 313
190. Restrictions de l'application de la contrainte pour les mineurs de 16 ans et les condamnés sexagénaires. 314
191. Caractère de cette mesure. Elle n'est qu'un moyen de recouvrement. 315
192. Conséquences de ce principe en ce qui touche à la perception. . 317
193. Formes de la contrainte par corps. 318

CHAPITRE X.

DE LA RÉCIDIVE.

§ Ier. — *Principes de la récidive.*

Nos. Pages.
194. Dispositions de l'ancienne législation sur la récidive. 322
195. Législation de 1791 et législations étrangères. 323
196. Si l'aggravation pénale qui frappe la récidive des crimes et des délits est légitime. 325
197. En admettant cette aggravation, il y a lieu de la restreindre dans quelques limites. Nécessité de l'identité des faits. 327
198. La loi doit-elle faire abstraction de l'intervalle qui sépare les deux actes? 328
199. L'aggravation pénale doit-elle être obligatoire ou simplement facultative?. 330

§ II. — *Application de l'art.* 56.

200. Système du Code pénal relativement à la récidive (art. 56). . . 331
201. Modification apportée par la loi du 28 avril 1832. 332
202. De la substitution des travaux forcés à la déportation dans le § 6 de l'art. 56.. 334
203. De la substitution de la peine de mort à la peine des travaux forcés à perpétuité. 335
204. L'aggravation ne peut être prononcée que dans le cas où le premier fait a été précédemment réprimé par une condamnation. 338
205. *Quid* si la première condamnation a été rendue par défaut ou par contumace?. 340
206. *Quid* si le condamné a prescrit sa première peine? S'il a été admis à la réhabilitation? 341
207. *Quid* s'il a obtenu des lettres de grâce ou si le fait a été couvert par une amnistie?.. 342
208. Comment la première condamnation doit être établie. 343
209. Est-ce à la Cour d'assises ou au jury qu'il appartient d'apprécier l'existence de la récidive? 345
210. L'art. 56 n'admet la récidive qu'à l'égard des condamnés qui ont encouru une peine afflictive ou infamante. 346
211. La disposition s'applique à toutes les condamnations antérieures. 347
212. L'aggravation de la récidive est un principe général qui s'applique à toute la législation 347
213. L'art. 56 doit-il être écarté lorsque le fait qui a motivé la première condamnation a cessé d'être classé parmi les crimes? 348

Nos. Pages.
214. L'art. 56 doit-il être appliqué aux condamnations à une peine afflictive ou infamante prononcées par les tribunaux militaires ?.......... 350
215. Limites qui séparent les tribunaux militaires et les tribunaux communs, en ce qui concerne l'aggravation de la récidive .. 351
216. L'aggravation n'est pas applicable si la première condamnation est émanée d'un tribunal étranger.......... 353
217. Conciliation de l'aggravation pénale de l'art. 56 avec l'atténuation de l'art. 463, en cas de déclaration de circonstances atténuantes.......... 354

§ III. — *Application des art.* 57 *et* 58.

218. Textes des art. 57 et 58 modifiés par la loi du 13 mai 1863. Trois cas de récidive mixte.......... 356
219. Cas où le premier fait, objet de la deuxième condamnation, est puni d'une peine afflictive ou infamante.......... 356
220. Cas où le crime a précédé le délit (art. 57).......... 357
221. Cas où le premier fait, ayant été puni de plus d'un an d'emprisonnement, le deuxième est passible d'une peine correctionnelle.......... 359
222. Origine et motifs de l'addition faite dans les art. 57 et 58..... 361
223. Cas où le deuxième fait, qualifié crime par la poursuite, reçoit la qualification de délit par l'admission d'une excuse légale ou le rejet des circonstances aggravantes.......... 363
224. Cas où le deuxième fait ne descend au niveau des délits que par l'effet de la déclaration des circonstances atténuantes... 363
225. Ce qu'il y a lieu de statuer si le nouveau fait est passible de la réclusion, de la détention, du bannissement ou de la dégradation civique.......... 364
226. Ce qu'il y a lieu de statuer si le nouveau fait est passible des travaux forcés à temps.......... 366
227. Appréciation critique de la nouvelle rédaction des art. 57 et 58. 367
228. Jurisprudence de la Cour de cassation conforme aux solutions proposées.......... 368
229. Quand un délit suppose l'état de récidive, il n'y a pas lieu à l'aggravation.; infraction de ban ; évasion.......... 370
230. Lorsqu'une disposition spéciale de la loi a prévu le cas de récidive, il y a lieu de s'y référer à l'exclusion de la loi générale. 371
231. Dispositions particulières de la loi du 5 mai 1844, sur la chasse ; de la loi du 5 juillet 1844, sur les contrefaçons industrielles, de la loi du 27 mars 1851, sur les fraudes commerciales.... 372
232. Que faut-il comprendre par la condamnation au maximum de la peine portée par la loi ?.......... 374
233. Quel est ce maximum quand la loi prononce à la fois une peine

Nos. Pages.
principale et des peines accessoires facultatives ? 374
234-237. *Quid* si la loi a prononcé cumulativement plusieurs peines, ou si la loi laisse la faculté de n'appliquer qu'une des peines qu'elle prononce ? 375
(De la récidive en matière de délits de presse). 376

CHAPITRE XI.

DE LA TENTATIVE.

(*Commentaire des art. 2 et 3 du Code pénal*).

238. De la responsabilité qui pèse sur les auteurs des crimes et des délits. De la gradation des peines suivant la valeur des actes. 378
239. De la tentative des actions punissables. 379
240. Dispositions de la loi romaine sur la tentative des crimes et délits 380
241. Dispositions de notre ancienne législation 381
242. Lois de 1791 et du 22 prairial an IV. 383
243. Principes et discussion du Code pénal sur la tentative 383
244. Esprit de la loi du 28 avril 1832 sur cette matière 384
245. Principes théoriques de la répression en matière de tentative. Des actes internes. 385
246. Distinction des actes préparatoires et des actes d'exécution. Si les actes préparatoires peuvent être réprimés. 386
247. Des actes d'exécution. Ce qui constitue le commencement d'exécution. 387
248. La tentative doit-elle être punie de la même peine que le crime consommé ? Opinion des publicistes 389
249. Motifs d'une atténuation dans la pénalité. Exemples tirés des législations étrangères. 390
250. Le système des circonstances atténuantes ne suffit pas pour tenir compte de la criminalité de la tentative. 393
251. Du délit manqué. Caractères de ce fait. 394
252. Si le délit manqué doit être puni de la même peine que le délit consommé. 396
253. Cas dans lesquels le délit manqué ne doit être puni que d'une peine inférieure. 399
254. Texte de l'art. 2. Examen de ce texte. 402
255. Quels sont les actes qui, d'après la jurisprudence, constituent le commencement d'exécution ? 403
256. Si l'escalade, l'effraction et les fausses clefs constituent ce commencement d'exécution 404
257. Distinction des trois degrés de l'action qui la commencent, l'exécutent et la consomment. 408

Nos. Pages.
258. La réparation du dommage avant la poursuite atténue le crime, mais ne l'efface pas 409
259. Nécessité de constater toutes les circonstances constitutives de la tentative 409
260. Exception à l'art. 2. 411
261. Exception en matière de complot contre la sûreté de l'État . . 411
262. Exception en matière de faux 412
263. Exception en matière de corruption, d'avortement, d'attentat à la pudeur. 414
264. Si, dans une accusation de crime consommé, la question de la tentative peut être posée au jury. 415
265. Complicité de la tentative. De quelle peine sont punis les complices ? 416
266. De la tentative des délits (art. 3) 418
267. La tentative des délits ne peut être punie qu'autant qu'elle réunit les conditions prévues par l'art. 2 419
268. Quels sont les délits dont la tentative est punie ?. 420
269. La tentative des contraventions n'est pas punissable. 422

CHAPITRE XII.

DE LA COMPLICITÉ.

(*Commentaire des art.* 59, 60, 61, 62 *et* 63 *du Code pénal*).

270. Difficulté de cette matière. Division 424

§ Ier — *Théorie générale de la complicité.*

271. Dispositions de la législation romaine. 426
272. Dispositions de l'ancien droit français et des lois de 1791. . . . 428
273. Dispositions des lois étrangères. 430
274. Principes de la matière. 431
275. Distinction de la participation morale et de la participation matérielle 433
276. Distinction de la participation principale et secondaire. 435
277. De la participation par l'ordre ou le commandement. 435
278. De la participation par mandat, en donnant des instructions pour commettre le crime. 436
279. De la participation par conseils ou par exhortations 439
280. De la participation par défaut d'opposition ou de révélation. . . 441
281. De la participation par aide et assistance aux actes préparatoires 442
282. De la participation aux actes d'exécution. 443
283. Distinction des actes de coopération et des actes d'assistance. . 443

N°s. Pages.
284. Faits de complicité postérieurs à l'exécution du crime 445
285. Résumé : quels agents doivent être considérés comme coauteurs, complices ou adhérents après le crime 448

§ II. — *Système du Code.*

286. Règle générale posée par l'art. 59. 450
287. Modes de complicité énumérés par l'art. 60. 451
288. Provocation non suivie d'effet : incrimination spéciale 453
289. Logement ou lieu de réunion fournis à des malfaiteurs (art. 61). 454
290. Recélé des effets volés (art. 62 et 63) 455
291. Résumé des dispositions du Code 457

§ III. — *Application des dispositions du Code.*

292. Les dispositions de l'art. 60 sont essentiellement limitatives . . . 458
293. Les actes qui ne rentrent pas essentiellement dans ses termes ne sont pas des actes de complicité 459
294. De là la nécessité de les constater dans le jugement 460
295. Caractères légaux de la provocation. 462
296. Caractères légaux du fait d'avoir donné des instructions pour commettre le crime 464
297. Caractère de la complicité résultant du fait d'avoir procuré des armes ou des instruments qui ont servi à l'action 466
298. Caractères de la complicité par aide ou assistance. 467
299. Il n'y a pas de complices sans un fait principal auquel ils se rattachent. 469
300. Mais il n'est pas nécessaire, pour la poursuite des complices, que l'auteur principal soit présent ou mis en cause 470
301. Cas où l'auteur principal est acquitté. Le complice peut être condamné si les faits constitutifs du crime sont constatés. . . . 471
302. Cas où l'accusation principale est dénuée de fondement, où l'accusé est absous 473
303. Règles relatives à l'application de la peine 474
304. Dans les cas où les circonstances atténuantes ne sont pas déclarées, la même peine doit être appliquée 475
305. Distinction du cas où l'aggravation pénale prend sa source dans la qualité personnelle à l'auteur principal 477
306. Modifications admises par la jurisprudence. 479

§ IV. — *De la complicité par recélé des personnes ou des choses.*

307. De la complicité par recélé des personnes 482
308. De la complicité par recélé des choses enlevées à l'aide d'un crime ou d'un délit. 484
309. Faut-il que le recéleur ait profité de la chose ? 485

Nos. Pages.
310. La femme qui recèle les objets volés par son mari est-elle coupable? 487
311. Exceptions aux règles du Code 488
312. Peines applicables aux complices par recélé 489
313. Exception au cas où la peine principale est celle de mort 490
314. Seconde exception au cas où cette peine est perpétuelle 491
315. Caractères particuliers du recélé et leurs conséquences 492
316. Les règles de la complicité s'appliquent à tous les crimes et délits, et ne s'appliquent pas aux contraventions. S'appliquent-elles aux délits-contraventions ou contraventions correctionnelles? 493

CHAPITRE XIII.

DES EXCUSES. — DE L'EXCUSE D'AGE.

(*Commentaire des art.* 66, 67, 68, 69, 70, 71 *et* 72 *du Code pénal.*)

317. Distinction des circonstances atténuantes, des excuses et des faits justificatifs 497
318. Définition des faits d'excuse 499

§ Ier. — *De l'excuse d'âge à l'égard des mineurs.*

319. A quel âge l'enfant était responsable de ses actes dans la loi romaine 500
320. Dans notre ancienne jurisprudence 502
321. Dispositions des lois étrangères sur ce point 502
322. Impossibilité de fixer d'une manière absolue l'âge où doit commencer l'imputabilité 505
323 Examen de la disposition qui fixe cet âge à 16 ans 507
324. Proposition de reculer cette limite à l'âge de 18 ans 509
325. Proposition de déclarer l'enfant entièrement irresponsable jusqu'à l'âge de 10 ans 512
326. Résumé des règles générales de cette matière 515
327. Proposition d'appliquer ces règles aux sourds-muets 515
328. Examen de l'art. 66; présomption favorable aux mineurs de 16 ans 516
329. Excuse quand ils ont agi avec discernement 517
330. Ils sont justiciables de la juridiction correctionnelle lorsqu'ils sont accusés de faits qualifiés crimes 519
331. Que faut-il entendre par les individus âgés de moins de 16 ans? 521
332. Nécessité de poser la question de discernement quand l'accusé a moins de 16 ans 522
333. Mode de constatation de l'âge de l'accusé 524
334. Effets de l'acquittement du mineur qui a agi sans discernement. Caractère de la détention qui peut être prononcée contre lui 526

N°. Pages.
335. Quelle doit être la durée de cette détention ? 528
336. Effet de l'acquittement relativement aux frais 529
337. Application de l'art. 66 aux délits prévus par les lois spéciales. . 529
338. Application des peines modifiées. Questions qui y sont relatives. . 533
339. Condamnations pécuniaires : la présence du tuteur n'est pas nécessaire. 535
340. Le mineur ne peut être soumis à la contrainte par corps. 538
341. Double compétence de la juridiction correctionnelle et de la Cour d'assises en cas de crime. 541
342. Appréciation des mesures de correction qui sont appliquées aux mineurs de 16 ans. 542

§ II. — *De l'excuse d'âge à l'égard des vieillards.*

343. Motifs de l'atténuation que la loi a établie à l'égard des vieillards 543
344. Cette atténuation n'a point pour fondement une excuse ; elle ne s'applique qu'à la peine. 544
345. A quel âge cette atténuation pénale doit être appliquée 545

CHAPITRE XIV.

DES FAITS JUSTIFICATIFS. — DE LA DÉMENCE.

(*Commentaire de l'art. 64 du Code pénal*).

346. Des causes de justification en général 549
347. De la démence et de la contrainte considérées comme faits justificatifs. 549
348. Dans quels cas la démence est-elle une cause de justification ? 551
349. Diverses espèces d'aliénation mentale. 552
350. De l'idiotie et de l'imbécillité 553
351. De la démence ou manie. 554
352. De la responsabilité des aliénés à raison des actes commis dans leurs intervalles lucides 556
353. Des monomanies ou folies partielles. 557
354. Règles applicables à la responsabilité des monomanes 560
355. Si les passions dans leur paroxysme peuvent être assimilées à une démence partielle 562
356. Si l'émotion de la colère ou d'une juste douleur peut avoir le même effet. 565
357. Des actes commis pendant l'état de somnambulisme 567
358. Des actes commis en état d'ivresse. 568
359. Distinction de l'ivresse volontaire ou involontaire. 572

Nos. Pages

360. L'ivresse complète et non préméditée peut être une cause de justification 574
361. Quel est son effet dans la jurisprudence 575
362. Théorie de l'art. 64 577
363. La démence, quand elle est constatée, a pour effet de faire surseoir à toute poursuite 577
364. Comment il faut procéder quand la démence s'est manifestée avant l'action 578
365. Comment il faut procéder quand la démence ne s'est manifestée que depuis l'action 580
366. Quelles mesures doivent être prises quand la démence ne survient qu'après la condamnation 583
367. La prescription est-elle suspendue pendant la durée de l'aliénation ? 584
368. Examen de la jurisprudence sur cette question 586
369. Mesures de police qui peuvent être prises vis-à-vis des aliénés. 588
370. Mesures autorisées par la législation antérieurement à la loi du 30 juin 1838 589
371. Mesures autorisées par cette loi 592

CHAPITRE XV.

DE LA CONTRAINTE.

(*Suite du Commentaire de l'art.* 64 *du Code pénal*).

372. Deuxième cause de justification : contrainte exercée sur l'agent. 593
373. La contrainte morale est une cause de justification aussi bien que la contrainte physique 594
374. Quels doivent être les caractères de cette contrainte ? 596
375. Nécessité d'apprécier la contrainte d'après les individus sur lesquels elle est exercée 598
376. Il faut, dans tous les cas, qu'elle soit le résultat d'une cause extérieure 599
377. L'ordre donné par un supérieur constitue-t-il un cas de contrainte pour l'agent ? 600
378. Examen de la doctrine de l'obéissance passive dans les rangs de l'armée 601
379. Examen de la même doctrine dans l'ordre civil 603
380. Quels doivent être les effets de la crainte révérentielle des enfants envers leurs pères, ou de la femme envers son mari ? . 606
381. Quels doivent être les effets de l'autorité du maître sur ses domestiques ? 607
382. Est-il nécessaire de poser une question sur le fait de la contrainte ? 608

CHAPITRE XVI.

DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE.

(Commentaire des art. 73 et 74 du Code pénal.)

Nos.		Pages.
383.	Définition de la responsabilité civile	609
384.	Cette matière, accessoire au droit pénal, doit être resserrée dans d'étroites limites	610
385.	Responsabilité des aubergistes ou hôteliers qui ont logé des malfaiteurs sans les inscrire sur leurs registres (art. 73)	610
386.	Conditions de cette responsabilité spéciale	612
387.	Principe général de la responsabilité civile (art. 74)	614
388.	Elle ne s'applique qu'aux condamnations civiles ; mais cette règle admet plusieurs exemptions	615
389.	Responsabilité des pères et mères à l'égard de leurs enfants mineurs	617
390.	Responsabiliié des maîtres et commettants à l'égard de leurs domestiques ou préposés	619
391.	Responsabilité des instituteurs et artisans à l'égard de leurs élèves ou apprentis	620
392.	Les maris ne sont pas responsables des délits de leurs femmes.	621
393.	Lois spéciales dérogeant dans plusieurs cas au droit commun sur cette matière	622
394.	Rapports de la responsabilité civile avec l'action pénale	623
395.	La responsabilité s'étend aux dépens	623
396.	L'action en responsabilité passe aux héritiers ; elle est éteinte par la prescription pénale	624

FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES DU TOME PREMIER.



TABLE DES ARTICLES

Art.	Pages.	Art.	Pages.	Art.	Pages.
1er	1	26	274	55	248
2	377	27	272	56	320, 331
3	377	28	174	57	320, 356
4	39	29	174, 182	58	320, 356
5	60	31	174, 182	59	423, 450
6	88	32	143	60	423, 451, 458
7	88	33	143	61	454, 482
9	215	34	150	62	455, 484
10	215	35	150	63	455, 490
11	215	40	300	64	548
12	99	42	180	65	496
13	99	44	186	66	500
14	271	45	186	67	500
15	120, 279	47	186	68	524
17	116	48	186	69	516, 540
18	116	49	186	70	543
21	129	50	186	71	545
22	160	51	244	72	545
23	284, 295	52	248, 305	73	609
24	286	53	305	74	609
25	274	54	310		

Caen — Typographie-Lithographie E. VALIN, 5, rue au Canu

